Da VI. 153
Teutsches Privatrecht

F. c.
o
486.

Einleitung

in den

bayerischen Civilproceß.

Einleitung

in den

Heidelberger Liederhandschriften.

Einleitung

in den

bayerischen Civilproceß

von

Dr. Julius Plochmann,

Privatdocenten der Rechte an der königl. Universität München.

Friedrich Feist.

BIBLIOTHECA
CIVITATIS
BABENBERGENSIS.

München,

Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.

1847.

Einleitung

in den

heutigen Civilprocess

von

Dr. Julius Glaser,

Privatdocenten der Rechte an der königl. Universität München.

BIBLIOTHECA
CIVITATIS
NORIMBERGENSIS

Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.

1847.

Vorwort.

Wenn im gegenwärtigen Zeitpunkte, während bereits rüstig an der Aufführung einer neuen Civilproceßgesetzgebung gearbeitet wird, noch eine Darstellung des nun bald veralteten bayerischen Processes nach dem Systeme der Gerichtsordnung von 1753 erscheint, so bedarf vor Allem das Unternehmen selbst einer Rechtfertigung.

Vielleicht könnte der Verfasser behufs dieser Rechtfertigung auf eine schon früher einmal gemachte Bemerkung verweisen, „daß vom Entwurf eines Gesetzbuches bis zur Promulgation ein weiter Weg sey.“ Vielleicht könnte er selbst für den Fall, wenn derselbe unerwartet schnell zurückgelegt werden sollte, der Schrift noch einige, von der Gesetzeskraft der Gerichtsordnung unabhängige Brauchbarkeit vindiciren, oder überhaupt bezweifeln, ob ein Recht, welches Jahrhunderte lang galt (die G. O. von 1753 schuf keinen neuen Proceß), an Einem Tag so vollständig weggelegt werden könne, daß jede Schrift, die sich jenes Recht

zum Vorwurf setzte, nur mehr als werthloses Papier erscheint. — Allein er sucht die Rechtfertigung seines Unternehmens hauptsächlich in dem Entstehungsgrunde und dem Zweck desselben, und beide mögen denn auch die Art der Ausführung erklären.

Der Verfasser las nämlich seit mehreren Jahren an hiesiger Hochschule bayerischen Civilproceß, und mußte bei dem Mangel eines brauchbaren Lehrbuches einen großen Theil der Stunde auf das Dictiren der positiven Vorschriften verwenden. Da bekanntlich gerade beim Civilproceß das Verständniß des Gegenstandes hauptsächlich durch mündlichen Vortrag bedingt ist, so bewog ihn jener Uebelstand, den Theil der Materie, welcher bisher dictirt werden mußte, dem Drucke zu übergeben. — Der Zweck vorliegender Schrift ging also dahin, den Zuhörern ein gedrucktes Heft, welches die positiven Vorschriften des bayerischen Proceßrechts in einer wissenschaftlichen Gestalt verarbeitet enthielte, in die Hand zu geben, um durch dessen Zugrundelegung die ganze Stunde dem freien Vortrage widmen, somit das Collegium den Zuhörern ersprießlicher machen zu können. Daß aber den Verfasser von der Herausgabe dieses Heftes der Gedanke an die bevorstehende Aenderung des bayerischen Proceßrechts nicht zurückhielt, kann ihm niemand verargen, er müßte denn der Ansicht

seyn, daß es nun überhaupt eines Studiums des vaterländischen Proceßrechtes nicht mehr bedürfe.

Was die Ausführung des Unternehmens betrifft, so mußte sich der Verfasser als Hauptaufgaben: Richtigkeit der aufgestellten Lehrsätze; Vollständigkeit verbunden mit prägnanter Kürze; endlich Klarheit der Darstellung vorstecken. Außer dem Bereiche seiner Aufgabe lagen: die Aufstellung eines streng wissenschaftlichen Systems, — da die Beibehaltung der vom Gesetzbuch befolgten Ordnung gerade dazu beiträgt, den künftigen Praktiker mit dem Gesetze vertraut zu machen —; eine Kritik des geltenden Rechts; ausführliche Behandlung von Lehren, in welchen das bayerische Recht vom gemeinen nicht abweicht, — da ja letzteres dem Zuhörer ohnehin aus den Vorlesungen über gemeinen Proceß bekannt seyn muß —; vollständige Aufzählung der Gründe, welche bei Controversen den Verfasser zur Annahme einer Ansicht bewogen, und umständliche Widerlegung der für die entgegengesetzte vorgebrachten Argumente: beides mußte dem mündlichen Vortrag vorbehalten bleiben. Auch die Literatur mußte (bis auf die Lehrbücher von Martin und Bayer), um Raum zu ersparen, zur mündlichen Beifügung verwiesen werden.

Dieß genüge, um den Standpunkt der Schrift zu bezeichnen. Eine Beurtheilung derselben, welche unter Berücksichtigung des Gesagten sich darüber

ausspricht, ob die vorgesteckte Aufgabe gelöst sey, oder nicht, kann, sie mag ausfallen, wie sie will, dem Wahren nur förderlich, dem Verfasser daher nur erwünscht seyn. Jede andere Kritik, welche dem Buche Mängel an Vorzügen vorwirft, die es nicht erstrebte, läßt ihn unberührt.

Schließlich erfüllt der Verfasser noch eine angenehme Pflicht, indem er Herrn Appellationsrath J. A. Seuffert für die wohlwollenden Rathschläge, wodurch derselbe das Unternehmen unterstützte, seinen Dank hiemit öffentlich ausspricht.

München, im August 1847.

Einleitung.

Quellen, Hülfsmittel, Literatur.

I. Quellen des bayrischen Civilprocesses.

§. 1.

Die Gerichtsordnung.

Die wichtigste Quelle des bayrischen Civilprocesses ist der codex juris bavarici judiciarii oder die bayrische Gerichtsordnung vom Jahre MDCCLIII, vom Kurfürsten Maximilian Joseph III. am 14 December 1753 (mit Gesetzeskraft von Lichtmeß 1754 an) publicirt. Sie wurde nach und nach in den neu acquirirten Gebietstheilen eingeführt, und gilt gegenwärtig in sämmtlichen sieben Kreisen diesseits des Rheins.

Dieses Gesetzbuch wurde von Freiherrn v. Kreittmayr verfaßt; als Grundlage dienten die vorhandenen bayrischen Verordnungen, namentlich die Gerichtsordnung vom Jahre 1616, ferner das gemeine Recht, die Gerichtspraxis und die gemeinrechtliche Doctrin. Die Absicht des Gesetzgebers ging nicht dahin, ein durchaus neues Verfahren einzuführen, sondern durch eine gedrängte Zusammenstellung der Masse des geltenden Rechts und durch Abschneidung der vielen Controversen der bisherigen Rechtsungewißheit und Unsicherheit ein Ende zu machen (vrgl. Kreittmayrs Vorrede zu den Anmerkungen über die Gerichtsordnung).

Ausgaben der Gerichtsordnung sind die zwei ursprünglichen in fol. und oct., deßgleichen zwei vom Jahre 1771, eine 1804 in der Stettin'schen Buchhandlung zu Ulm herausgekommene, endlich zwei amtliche in den Jahren 1810 und 1841 im Verlag der Redaction des Regierungsblattes erschienene, von welchen die letztere im Anhang die beiden Novellen von 1819 und 1837 enthält.

§. 2.

Die Novellen.

Viele Bestimmungen der Gerichtsordnung wurden theils erläutert, theils abgeändert durch neuere Verordnungen und Gesetze, welche ebenfalls in den sieben Kreisen diesseits des Rheines Gesetzeskraft haben, ausgenommen im ehemaligen Großherzogthum Würzburg und den fuldaischen und hessischen Aemtern (Amorbach, Heubach, Miltenberg, Alzenau), in welchen bloß die vom Jahr 1814 an erlassenen Novellen gelten, weil die früheren daselbst nicht publicirt wurden. — Die zur Gesetzeskraft nöthige Publication der Novellen geschah von 1799 bis 1805 in den einzelnen Provincial-Regierungsblättern, von 1806 bis 1818 im allgemeinen Regierungsblatt, vom Jahr 1819 an im Gesetzblatt. Die gehörige Publication der vor dem Jahre 1799 erlassenen wird angenommen, wenn sie in der Sammlung der Generalien und Landesverordnungen von 1771 und in den Fortsetzungen derselben von G. K. Mayr enthalten sind.

Gesammelt sind die Novellen, von welchen die vom 22 Juli 1819 und 17 November 1837 die bedeutendsten sind, in vier Bänden, aber bloß bis zum Jahr 1823, und zwar Bd. 1 von Meinel, Bd. 2—4 von Moritz. Eine umfassendere Sammlung ist von Letzterem im Jahr 1837 veranstaltet worden, wovon jedoch bis jetzt bloß der erste Band, die Novellen zu den zwei ersten Capiteln der Ge-

richtsordnung enthaltend, erschienen ist. Eine kürzere Zusammenstellung enthält: v. Spies, Sammlung aller Ergänzungen und Erläuterungen zum Codex judiciarius, Bamberg, 1835.

§. 3.

Gemeines Recht. Preußische Gerichtsordnung. Kreittmayrs Anmerkungen.

Die Lücken des Gesetzes, welche sich nicht durch analoge Anwendung gesetzlicher Bestimmungen ergänzen lassen („dubia juris, welche sich weder aus den Worten noch dem Verstand der neuen Verordnung decidiren lassen"), sind nach dem Publicationspatent zunächst aus den gemeinen Rechten, d. h. aus dem gemeinen deutschen Proceßrecht (civilrechtliche Bestimmungen, welche die Gerichtsordnung enthält, aus dem gemeinen Civilrecht vrgl. u. cap. IV. §. 2), zu suppliren. Eine wichtige Quelle ist namentlich der Reichskammergerichtsproceß, den die Stände im J. R A. §. 137 ausdrücklich als subsidiäre Quelle anerkannt hatten. Insofern das gemeine Recht zur Ergänzung der Gerichtsordnung dient, sind dabei die Berichtigungen, welche dasselbe seit der Abfassung jenes Gesetzbuches durch die Wissenschaft erfahren hat, zu berücksichtigen, weil das gemeine Recht für uns nicht die Doctrin der damaligen Zeit, sondern das Recht ist, wie es sich durch die wissenschaftlichen Forschungen der neueren Zeit herausgestellt hat.

In den vormals preußischen Gebietstheilen (Ansbach und Baireuth) ist nach einer Verordnung vom 29 Nov. 1810 in Ansehung derjenigen Gegenstände, über welche der Judiciarcodex keine Bestimmungen enthält, und welche auch aus den in demselben aufgestellten Grundsätzen nicht beurtheilt werden können, nicht das gemeine Recht, sondern die preußische Proceßordnung die nächste subsidiäre Quelle.

In den vormaligen Herrschaften Parsberg und Breitenegg sind durch V. D. vom 21 Oct. 1794 und 7 Mai 1798 nebst der Gerichtsordnung auch die Kreittmayr'schen Anmerkungen eingeführt, gehören also daselbst zu den Quellen des bayrischen Civilprocesses.

§. 4.

Natur der Sache.

Enthält endlich auch das gemeine Recht für einen Fall keine Vorschrift, so ist die Lücke nach dem Publicationspatent aus den natürlichen Rechtsprincipiis zu ergänzen, d. h. es sind diejenigen Regeln zur Anwendung zu bringen, welche aus dem Wesen des Processes und aus den Grundgedanken, auf welchen derselbe beruht, hervorgehen.

§. 5.

Präjudicien des Oberappellationsgerichts. Gerichtsgebrauch.

In jeder Gesetzgebung finden sich Rechtsfragen, welche sich auf verschiedene Weise entscheiden lassen, ohne daß für die Richtigkeit der einen Entscheidung gewichtigere Gründe sprächen, als für die der andern, oder wenigstens ohne daß sich die absolute Richtigkeit der einen Entscheidung behaupten ließe. Ist ein concreter Fall nach einem solchen zweifelhaften Rechtssatz zu beurtheilen, so verordnet das gemeine Recht (L. 37. 38. D. de leg., J. R. A. §. 136), daß der Richter ihn auf diejenige Weise zu entscheiden habe, wie in gleichen Fällen bisher entschieden wurde.

Eben so bestimmt das bayrische Landrecht Thl. I. Cap. II. §. 14. Nr. 3: „die bei der obersten Justiz-Instanz ergangene Res judicatæ und Præjudicia haben zwar die Kraft eines geschriebenen Generalgesetzes nicht, dienen aber in zweifelhaften gleichen Fällen zur Usual-Interpretation, und ist mithin alle Contrarietät hierin zu vermeiden."

Die Gültigkeit dieses Rechtssatzes ist für das bayrische Proceßrecht durch eine Novelle vom 17 Nov. 1837, die Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr., bestärkt worden. Nach diesem Gesetz soll nämlich, wenn es sich bei Beurtheilung einer Streitsache vor dem Oberappellationsgericht um eine Rechtsfrage handelt, welche bisher ungleichförmig entschieden wurde, oder bei welcher sich eine den bisherigen gleichförmigen Entscheidungen widersprechende Ansicht geltend machen will, jene Rechtsfrage vor das Plenum (wenigstens zwei Drittheile der sämmtlichen Collegial-Mitglieder des obersten Gerichtshofes) gebracht, berathen und entschieden werden. Ein solcher Plenarbeschluß hat für künftige völlig gleichartige Fälle die Natur eines Präjudizes im Sinne der oben angegebenen Stelle des bayrischen Landrechts, insolange nicht eine authentische Interpretation zu Stande kommt, und ist nebst den juristischen Motiven im Regierungsblatt bekannt zu machen.

Moritz, Sammlung sämmtlicher Plenarbeschlüsse u. s. w. Heft 1, 1843. Heft 2, 1845. Heft 3, 1847.

Der Gerichtsgebrauch im engeren Sinne ist namentlich eine Quelle für die Geschäftsbehandlung und Gerichtsdisciplin.

II. Hülfsmittel des bayrischen Civilprocesses.

§. 6.

Kreittmayrs Anmerkungen.

Das wichtigste Hülfsmittel zur Interpretation der Gerichtsordnung sind die Kreittmayr'schen Anmerkungen, welche zwar nicht gesetzlich sanctionirt sind (ausgenommen in den vormaligen Herrschaften Parsberg und Breitenegg), aber schon deßhalb zum Verständniß des Gesetzes am meisten

beitragen, weil ihr Verfasser zugleich der Verfasser des Gesetzes ist, also am besten wissen mußte, was der Sinn und Geist desselben sey, sodann deßhalb, weil sich in ihnen sehr häufig die Quelle angegeben findet, aus welcher das Gesetz geschöpft ist. Ueber ihren Gebrauch ist zu bemerken:

1) Findet sich in den Anmerkungen eine zweifelhafte Stelle des Gesetzes, welche auf verschiedene Weise ausgelegt werden kann, in einer gewissen Art ausgelegt, so geht diese Interpretation jeder andern doctrinellen vor.

2) Dasselbe ist der Fall, wenn eine solche Stelle in den Anmerkungen nicht unmittelbar ausgelegt, sondern dabei auf einen andern Schriftsteller verwiesen ist.

3) Wird einer an sich klaren Gesetzesstelle in den Anmerkungen durch extensive oder restrictive Interpretation ein weiterer oder engerer Umfang ertheilt, oder eine Lücke des Gesetzes durch eine selbständige, an keine Gesetzesstelle geknüpfte Bemerkung ergänzt, so hat der Richter die Zulässigkeit derselben auf wissenschaftlichem Wege zu prüfen, und sie zu verwerfen, wenn er sie hiernach unzulässig findet.

4) Widerspricht eine Anmerkung dem klaren Texte des Gesetzes, so geht natürlich letzterer vor.

5) Geschichtliche Notizen sind nicht mit dem geltenden Rechte zu verwechseln.

Die Anmerkungen sind zum erstenmal herausgekommen 1754 bei Vötter in München, zum letztenmal aufgelegt 1841.

§. 7.

Aeltere Gesetze.

Ein weiteres Hülfsmittel sind die älteren bayrischen Gesetze, namentlich die Gerichtsordnungen von 1520 und 1616, welche letztere großentheils in die Gerichtsordnung von 1753 übergegangen ist. Eben deßhalb ist zum Verständniß der letzteren der Commentar des Frhrn. v. Schmid

zur Gesetzgebung von 1616 häufig von Bedeutung; er erschien unter dem Titel: Commentarii ad processum summarium et edictalem, junctis duabus semicenturiis diversarum quæstionum. Monach. 1695.

§. 8.

Gemeinrechtliche Proceßschriftsteller.

Einem großen Theile der Gerichtsordnung liegt das gemeine Recht, wie man es zur Zeit der Abfassung derselben kannte, zu Grunde („es sind zu dem Ende alle ältere, sowohl gemeine als statutarische Rechte mit allem Fleiße eingesehen und erwogen worden." Publ. Pat.). Zum Verständniß des Gesetzbuches ist daher die gemeinrechtliche Doctrin der damaligen Zeit unentbehrlich. Namentlich wurden die bekannten Communisten wie Lauterbach, Stryk, Berger, Leyser, Seyfart, Böhmer vielfach von Kreittmayr benützt, auch ist in den Anmerkungen häufig auf sie hingewiesen, ihre Schriften sind deßhalb als ein wichtiges Hülfsmittel für den bayrischen Civilproceß zu betrachten.

§. 9.

Rescripte. Ständeverhandlungen.

Zur Erläuterung der Gerichtsordnung erlassene Ministerialrescripte haben zwar eben so wenig, als königl. Rescripte, welche nach dem 26 Mai 1818 ergangen sind, Gesetzeskraft (soferne der Gegenstand zur Gesetzgebung gehört), dagegen haben sie eine doctrinelle Autorität, welche um so mehr zu beachten ist, als den Rescribirenden häufig Hülfsmittel für das richtige Verständniß des Gesetzes zu Gebote stehen, welche den Richtern unzugänglich sind.

Endlich sind noch ein wichtiges Hülfsmittel zur Interpretation der neueren Novellen die Ständeverhandlungen, insbesondere die von der Regierung eingebrachten Gesetz-

entwürfe nebst den Motiven, die Gutachten der Ausschüsse, die Vorträge der Commissäre und Kammermitglieder, und die allenfalls beantragten Modificationen.

Moritz, Realcommentar zu dem königl. bayrischen Proceßgesetze vom 17 Nov. 1817.

III. Literatur des bayrischen Civilprocesses.

§. 10.

Kreittmayr, Compendium codicis bavarici civilis, judiciarii, criminalis, oder Grundriß der gemeinen und bayerischen Rechtsgelehrsamkeit für Anfänger. München, 1768.

Krüll, theoretisch-praktische Einleitung in die bayrische Civilgerichtsordnung. Ingolstadt, 1797.

v. Schelhaß, Magazin des königl. bayrischen Staats- und Privatrechts. 2 Bde. Ulm, 1808, 1810.

Mündler, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen nach königl. bayrischen Gesetzen. Salzburg, 1812.

Miltner, die bayrische Gerichtsordnung historisch dargestellt. Landshut, 1816.

v. Gönner, Commentar über das Gesetz vom 22 Jul. 1819. Erlangen, 1820.

v. Wendt, vollständiges Handbuch des bayrischen Civilprocesses. 3 Bde. Zweite Ausgabe. Nürnberg, 1835—1836.

Seuffert, Commentar über die bayrische Gerichtsordnung. 4 Bde. Erlangen, 1836—1845.

W. H. Puchta, Anleitung zur Civilproceßpraxis in Bayern, nach dem Gesetz vom 17 Nov. 1837. Erlangen, 1838.

v. Stürzer, theoretisch-praktische Bemerkungen zum

bayrischen Civilgerichtsverfahren, herausgegeben von Gutschneider. München, 1838.

Hellmuth, der Lauf des Civilprocesses bei den bayrischen Untergerichten. München, 1842.

Zeitschriften:

v. Aretin, Jahrbücher der Gerechtigkeitspflege in Bayern. 2 Bde. 1813. 1818.

v. Gönner und v. Schmidtlein, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern. 3 Bde. Erlangen, 1818—20.

v. Zu-Rhein, Beiträge zur Gesetzgebung und praktischen Jurisprudenz mit besonderer Rücksicht auf Bayern. 3 Bde. München und Würzburg, 1826—1831.

v. Zu-Rhein, Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayrischen Civil-, Criminal- und öffentlichen Rechts. 3 Bde. München, 1835—1838.

Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern. Erlangen, 1836 fg.

Erstes Capitel.

Von den Gerichten und der Gerichtsbarkeit.

§. 1.

Wie und wo man sein Recht suchen soll.

Martin, Lehrbuch §. 8. Bayer, Vorträge, S. 6.

Schon die Gerichtsordnung setzte an die Stelle der vom gemeinen Recht der Selbsthülfe gedrohten Strafe (Verlust des eigenmächtig verfolgten Rechts, wenn es gegründet, Bezahlung einer ihm gleichkommenden Summe, wenn es ungegründet ist) eine willkürliche. Aber auch diese ist nun wieder abgeschafft durch das Strafgesetzbuch von 1813, Art. 420, wonach sich derjenige, welcher mit Umgehung richterlicher Hülfe außer den in den Gesetzen ausgenommenen Fällen seine wirklichen oder vermeintlichen Rechtsansprüche geltend macht, des Vergehens der unerlaubten Selbsthülfe schuldig macht, welches mit Geldstrafe von 10—100 Gulden oder Gefängniß von 3 Tagen bis 1 Monat bedroht ist. Die Bestrafung der Selbsthülfe liegt demnach nicht mehr wie früher dem Civil-, sondern dem Strafgerichte ob, nur die civilrechtlichen Folgen gehören vor jenes (abgesehen von dem Grundsatze der Connexität. Davon s. u. §. 4).

Welche Fälle in den Gesetzen ausgenommen, d. h. wann die Selbsthülfe erlaubt sey, ist nach den jeden Orts geltenden Civilgesetzen zu beurtheilen.

§. 2.

Wie das Forum fundirt werde.

Martin, §. 44. Bayer, S. 110.

Die Gerichtsordnung gebraucht den Ausdruck ordentlicher Gerichtsstand nicht in dem Sinne des gemeinen Processes für das Gericht erster Instanz im Gegensatz zum außerordentlichen, wo eine Sache mit Ueberspringung der ersten Instanz sofort an eine höhere gebracht wird, — denn sie rechnet auch das forum ex continentia vel connexione causæ, bei welchem jene Ueberspringung vorkommt zu den ordentlichen Gerichtsständen, — sondern in der Bedeutung des gemeinen (commune), im Gegensatz zum privilegirten, welcher letztere sowohl den Gerichtsstand privilegirter Personen, als eximirter Sachen umfaßt. Von den gemeinen foris, bei welchen sie das forum reconventionis aufzuführen vergißt (daß sie es kennt, s. u. cap. VIII., §. 1, Nr. 1), handelt sie §. 3—10, von den privilegirten §. 11—13.

In einer engeren Bedeutung ist der Ausdruck ordentlicher Richter für den Richter des Wohnorts gebraucht in c. I. §. 6. und 7.

§. 3.

Forum domicilii.

Martin, §. 48. Bayer, S. 115.

Für das Verständniß der in diesem Paragraphen behandelten fora domicilii und originis ist die Unterscheidung zweier Begriffe von Wichtigkeit, des Domicils und der Heimath.

Das Domicil wird von der Gerichtsordnung ganz im Sinne des gemeinen Rechts aufgefaßt als derjenige Ort, an welchem eine Person ihren festen Aufenthalt hat. Es

gehören dazu nach den Anmerkungen lit. c zwei Erfordernisse: actualis habitatio und animus perpetuo habitandi.

Heimath ist nach dem Heimathsgesetz vom 11 Sept. 1825 derjenige Ort, an welchem eine Person Anspruch auf Wohnsitz hat, und von welchem sie im Falle der Verarmung ernährt werden muß. Es kann jemand zwei Domicile zu gleicher Zeit haben, aber nicht zwei Heimathen; das Domicil kann verschieden von dem Orte der Heimath seyn; jenes kann sich in der Regel jeder frei wählen, aber nicht diese.

Das System der Gerichtsordnung ist nun folgendes:

I. Wer ein Domicil hat, kann an dem *forum domicilii* belangt werden; hat er zu gleicher Zeit mehrere Domicile, so steht dem Kläger die Wahl zu, dabei ist nicht nothwendig, daß sich der Beklagte zur Zeit der Klagestellung gerade an dem Domicil, wo geklagt wird, aufhalte. Ueber das forum domicilii gelten im Ganzen die gemeinrechtlichen Regeln, nur ist dabei zu bemerken, daß

1) Staatsdiener dasselbe an dem Orte ihrer Anstellung haben, ausgenommen richterliche Mitglieder der bloß aus einem Director und zwei Räthen bestehenden Kreis- und Stadtgerichte, dann der Land-, Herrschafts- und Patrimonialgerichte I. Classe, welche ihr forum vor dem Stadtgerichte der Kreishauptstadt haben. V. O. vom 3 Nov. 1808. Verf. Urk. Beil. VI. §. 53.

2) Unterofficiere und Soldaten können sowohl vor dem Gericht ihres Wohnorts, als dem ihrer Garnison belangt werden. Gesetz vom 13 August 1828. §. 3.

3) Forensen können nicht nur in Real-, sondern auch in Personalklagsachen, insoweit die in Bayern gelegenen Güter einen zureichenden Executionsgegenstand darbieten, oder dafür angenommen werden wollen, vor den geeigneten königlichen Gerichten (wo jene Güter liegen,) belangt wer-

den. Verf. Urk. Beil. I, §. 15, lit. c. (Gerichtsstand des vollen Landsassiates.)

4) Nach einem Staatsvertrage mit Württemberg vom 7 Mai 1821 hat bei Auswanderungen der Auswandernde noch ein Jahr lang nach seiner Auswanderung vor den Gerichten des Staates, welchen er verlassen, wegen der Ansprüche, die vor der Auswanderung entstanden sind, zu Recht zu stehen.

II. Wer kein Domicil hat (sey es auch nur ein accessorisches, wie z. B. die Kinder, so lange der Vater lebt, oder die Erbschaft unvertheilt ist, davon u. §. 14), kann beim *forum originis* belangt werden, d. h. da, wo er seine Heimath hat. Diese Heimath war aber zur Zeit der Gerichtsordnung

1) bei ehelichen Kindern am letzten Domicil des Vaters, oder wo dieses unbekannt, oder wenn er kein Domicil hatte, da, wo sie geboren sind,

2) bei außerehelichen am Domicil der Mutter,

3) bei Findelkindern an dem Ort, wo sie gefunden oder erzogen wurden.

An diesen Orten war folglich das forum originis begründet, mit welchem überdieß bei Landstreichern das forum des Ortes concurrirte, wo sie sich betreten ließen.

Allein durch das Heimathgesetz vom 11 Sept. 1825 wurden die früheren Bestimmungen über Heimath abgeändert. Es haben nach diesem Gesetze

1) eheliche Kinder die Heimath da, wo ihr Vater seine Heimath hatte,

2) außereheliche Kinder da, wo ihre Mutter die Heimath hatte,

3) Findelkinder da, wo sie gefunden, oder ist der Fundort unbekannt, wo sie zuletzt betreten wurden.

Das forum originis ist folglich heutzutage an den

so eben angegebenen Orten begründet. Bei Landstreichern concurrirt wie früher dieses forum mit dem Gericht des Ortes, wo sie sich betreten lassen: eine Regel, welche analog auf solche Personen, die ihre Heimath verlassen haben, und in fremde Gegenden zu reisen im Begriffe sind, angewendet werden kann, aber nicht auf Accessisten, Practicanten, Concipienten, Schreiber, Handlungsgehülfen u. dergl., selbst nicht unter Voraussetzung gänzlicher Verlassung ihres früheren Wohnorts, da die ratio legis (ohne Zweifel die Gefahr, am forum originis wegen des unstäten Umherziehens jener Personen wenig auszurichten,) auf sie nicht paßt.

§. 4.

Forum delicti.

Martin, §. 54. Bayer, S. 133.

Das Gesetz spricht vom forum delicti zunächst bloß mit Bezug auf kleinere Delicte, welche sich nicht zur strafrechtlichen Untersuchung eignen, bezüglich peinlicher Fälle wird in den Anmerkungen auf den Criminalcodex verwiesen. Dieß möchte einen Zweifel erregen, ob Forderungen aus Verbrechen beim forum delicti als Civilgericht verfolgt werden können.

Allein jene Lückenhaftigkeit erklärt sich aus dem zur Zeit der Gerichtsordnung geltenden, streng durchgeführten Grundsatze der Connexität. So oft nämlich in Folge eines Verbrechens eine Criminaluntersuchung eingeleitet wurde, durften sämmtliche aus dem Verbrechen entspringende civilrechtliche Forderungen nicht vom Civilrichter verhandelt und entschieden werden, sondern gehörten als connex zur Competenz des Strafgerichts. Deßhalb konnte die Frage, zu welchem Civilgericht Entschädigungsklagen gehörten, bei Verbrechen kaum vorkommen.

Jener Grundsatz der Connexität ist indessen durch das

Strafgesetzbuch von 1813 Thl. II, Art. 7 modificirt worden, wonach das Strafgericht über die aus einem Delict entspringenden privatrechtlichen Forderungen bloß dann zu entscheiden hat, wenn der Verletzte adhäriren will, und die Sache genugsam instruirt ist. Es kann also heutzutage der durch ein Verbrechen Verletzte statt zu adhäriren, seine Ansprüche selbständig beim Civilgericht verfolgen. Daß aber dieß nicht bloß beim forum domicilii, sondern auch beim forum delicti geschehen könne, unterliegt um so weniger einem Zweifel, als die Gerichtsordnung dieß forum delicti selbst bei geringen Freveln zuläßt, und überhaupt nach den Anmerkungen eine Abweichung vom gemeinen Recht durch das Gesetz nicht bezweckt wurde.

Zwar ist durch das Strafgesetzbuch Thl. II, Art. 457 die Competenz des strafrechtlichen forum delicti in Vergehensfällen beschränkt worden, allein diese Beschränkung ist auf das civilrechtliche forum delicti ohne Einfluß. Es gilt deßhalb auch nach bayrischem Recht ganz allgemein die Regel: wer aus einem Delict eine Civilklage anstellen will, kann dieß sowohl an dem Orte wo das Delict begangen wurde, als an dem forum domicilii des Verletzenden. Wurde ein Delict an einem Orte angefangen, an einem andern vollendet, so ist das forum delicti an dem Orte der Vollendung (nach Analogie des Strafgesetzbuchs Art. 22) begründet; dasselbe gilt, wenn zwar die unerlaubte Handlung an einem Orte vollbracht wurde, dagegen der zum Thatbestand erforderliche Erfolg an einem andern Orte eingetreten ist, auch hier ist das forum delicti bloß an letzterem begründet.

Privilegirter Gerichtsstand schützt nicht vor dem for. del., nur ist das dem Privilegium entsprechende Gericht anzugehen.

§. 5.

Forum deprehensionis.

Die Vorschrift, daß Fremde begangener Verbrechen halber nicht nur der Obrigkeit des Ortes, wo sie verbrochen haben, sondern auch wo sie betreten werden, unterworfen sind, bezieht sich wohl zunächst auf die strafrechtliche Untersuchung, erscheint deßhalb in dieser Beziehung durch das Strafgesetzbuch Thl. II, Art. 24 fg., Art. 32 als aufgehoben. In civilrechtlicher Beziehung läßt sich das forum deprehensionis als eine Art forum arresti auffassen, s. u. §. 8.

§. 6.

Forum contractus.

Martin, §. 52. 53. Bayer, S. 127.

Das forum contractus ist regelmäßig an dem Orte begründet, wo ein Contract perfect wurde; in welchem Zeitpunkt dieß aber der Fall ist (was z. B. bei den durch Briefe abgeschlossenen Verträgen bekanntlich sehr controvers), ist nach den jeden Orts geltenden Civilgesetzen zu entscheiden. Nur dann, wenn ein bestimmter Zahlungsort ausgemacht wurde, ist das forum contractus an diesem, nicht aber zugleich an dem Orte, wo der Vertrag perfect wurde, begründet.

Das forum contractus ist nach bayrischem Recht weit beschränkter, als nach gemeinem. Vor allem wird zur Anwendbarkeit desselben erfordert, daß sich der Beklagte zur Zeit der Klageстellung an dem Orte, wo der Contract geschlossen wurde, befinde, oder wenigstens, wie nach Kreittmayrs Anmerkungen lit. c angenommen wird, daselbst begütert sey. Sodann darf das forum contractus nicht ausdrücklich oder nach der vermuthlichen Absicht der Contra-

henten ausgeschlossen seyn; letzteres wird z. B. angenommen, wenn man mit einem fremden Durchreisenden wissentlich auf Borg handelt. Endlich kann beim forum contractus nicht auf die Vernichtung des Contractes geklagt werden, wovon jedoch wohl der Fall auszunehmen ist, wenn in Folge einer dem Vertrag selbst beigefügten Bestimmung, z. B. des pactum displicentiae, auf dessen Aufhebung geklagt wird.

Aber selbst unter diesen Voraussetzungen greift das forum contractus regelmäßig bloß bei Verträgen zwischen In- und Ausländern (und Ausländern unter einander) Platz, so daß sowohl der Inländer gegen den Ausländer an demselben klagen kann, als umgekehrt. Dagegen können Inländer gegen einander am forum contractus bloß dann klagen, wenn die Bezahlung ausdrücklich an demselben versprochen wurde, oder wenn ein privilegium loci vorhanden ist, was nach dem Zeugniß eines älteren Rechtsgelehrten (Francisc. *Balthasar* Resol. jur. bav. p. 4 tit. 19 res. 7 vgl. Anm. lit. c.) in München und Landshut der Fall seyn soll.

Mit dem forum contractus concurrirt stets das forum domicilii, selbst wenn zum Vortheil des Beklagten ein Zahlungsort ausgemacht wurde. Es können an jenem forum auch Personen, welche einen privilegirten Gerichtstand genießen, belangt werden; nur muß es an einem ihrem Privilegium entsprechenden Gerichte geschehen.

Uebrigens findet das forum contractus auch bei Quasicontracten Anwendung, da die Gerichtsordnung nichts enthält, was auf eine vom gemeinen Recht abweichende Beschränkung in dieser Beziehung deutete.

§. 7.

Forum administrationis.

Martin, §. 53. Bayer, S. 131.

Im gemeinen Recht wird heutzutage von den meisten Juriſten ein eignes forum gestae administrationis nicht mehr angenommen, ſondern dasſelbe als eine Art .forum contractus betrachtet. Dagegen hat der bayeriſche Geſetzgeber, durch die mißverſtandene Beſtimmung der R. P. O. von 1577 Tit. 32 verleitet, ein eignes forum administrationis aufgeſtellt, welches ſich von dem im vorigen Paragraph beſprochenen forum contractus in mehreren Stücken weſentlich unterſcheidet.

Das forum administrationis iſt nur bei einer ſolchen Geſchäftsverwaltung begründet, welche von einem Gericht aufgetragen wurde, z. B. Vormundſchaft, Maſſecuratie, und nur bei dieſem Gericht, nicht am Orte der geführten Verwaltung. Daß ſich der Beklagte zur Zeit der Klageſtellung daſelbſt aufhalte, iſt nicht nöthig.

Die Competenz des for. adm., mit welchem das for. domicilii nicht concurrirt, und auf welches auch ein ſonſt privilegirter Gerichtsſtand des Beklagten ohne Einfluß iſt, erſtreckt ſich bloß auf die Cognition über die Rechnungsablage (nur darf man dieß nicht gerade als eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit anſehen, welche z. B. auch Patriominalgerichten zweiter Claſſe zuſtände, ſondern es kann auf Rechnungsablage geklagt werden). Dagegen gehört die Execution des gefällten Urtheils ebenſo wie Streitigkeiten, welche ſich nicht unmittelbar auf die Rechnungsablage beziehen, z. B. über Erſatz eines durch Schuld des Verwalters zu Grunde gegangenen Vermögensobjects, zum forum domicilii.

Klagen aus Privatverwaltungen eignen sich nach Umständen vor das for. dom. oder contractus.

§. 8.

Forum arresti.

Martin, §. 56. Bayer, S. 140.

Der Arrest d. i. die richterliche Verfügung, wodurch jemand in der freien Disposition über sein Vermögen oder in der Wahl seines Aufenthaltsortes beschränkt wird, kann im Processe in verschiedenen Beziehungen vorkommen: nämlich als Mittel, einen eigenen Gerichtsstand zu begründen (forum arresti), wovon hier gehandelt werden soll; als Mittel, die Erfolglosigkeit einer künftigen Execution zu verhüten, wovon unten zu cap. VIII §. 6.; endlich als Mittel, die Execution zu vollziehen, wovon unten zu cap. XVIII §. 3 die Rede seyn wird.

Es ist kein forum arresti vorhanden, wenn von einem bereits aus einem andern Grunde in einer Streitsache competenten Gerichte Arrest auf die Person oder Güter des Schuldners gelegt wird, wenn z. B. gegen einen Landfahrer oder Vaganten da, wo er sich betreffen läßt, mit Arrest vorgefahren wird, oder wenn die unbeweglichen Güter eines Forensen von dem Gerichte, in dessen Bezirk sie liegen (Gerichtsstand des vollen Landsassiats), mit Beschlag belegt werden, oder wenn, was der Gesetzgeber selbst irriger Weise hieher stellte, das forum contractus auf Arrest erkennt. Ein eigentliches forum arresti ist vielmehr bloß dann vorhanden, wenn ein für eine Streitsache incompetentes Gericht dadurch competent wird, daß es Arrest schlägt. Der Gesetzgeber statuirte ein solches forum besonders für den Fall, wenn man in Gefahr ist, vor dem ordentlichen Gerichte des Beklagten nicht zu dem Seinigen zu gelangen. Mit Rücksicht hierauf sind

die Erfordernisse für den Arrest, durch welchen das for. arr. begründet werden soll, festgesetzt. Es sind folgende:

1) Bescheinigung einer Forderung, sie sey bereits fällig oder nicht, mit einer actio in rem oder in personam, universalis oder particularis verfolgbar (Anm. lit. a);

2) eine billige Sorge, daß man vor der ordentlichen Obrigkeit des Schuldners das Seinige ohne sonderliche Beschwerde nicht erhalten werde. In dieser Beziehung ist aber zu unterscheiden zwischen Ausländern und Inländern:

a) Die Gerichtsordnung betrachtet den Umstand selbst, daß der Schuldner ein Ausländer ist, für hinreichend, um die Besorgniß zu begründen, man werde vor seiner Obrigkeit das Seinige nicht ohne sonderliche Beschwerde erhalten. Gegen einen Ausländer bedarf es hiernach keiner weitern Bescheinigung einer Gefahr, um Arrest gegen ihn zu impetriren (selbst wenn er liegende Güter im Inland besäße). Nur dann leidet dieß eine Ausnahme, wenn mit einem Staate ein Jurisdictionsvertrag abgeschlossen ist, der etwas anderes bestimmt, z. B. Staatsvertrag mit Württemberg vom 7 Mai 1821 §. 16. Ob übrigens der Kläger In- oder Ausländer sey, ist gleichgültig. (Anm. lit. g.)

b) Weit schwieriger ist die Impetration des Arrestes als Begründungsmittel des forum arresti gegen einen Inländer. Er findet nach der G.O. nur statt,

α) wenn in loco arresti die Bezahlung zu leisten versprochen wurde; hier wird aber, wie bereits bemerkt wurde, kein eignes for. arr. begründet, sondern es ist das for. contractus vorhanden;

β) wenn der Beklagte weder befreit, noch angesessen, noch sonst genugsam vercautionirt ist. Befreit waren nach den Anm. lit. g die Adeligen und Staatsdiener, dieß ist heutzutage weggefallen (abgesehen vom Personalarrest, der so lange nicht angewendet werden kann, als dadurch eine

Person an der Ausübung eines ihr übertragenen öffentlichen Dienstes verhindert würde), weil die Verfassungsurkunde und deren Beilagen, welche die Norm für die jenen Ständen noch zustehenden Vorrechte bilden, nichts von einem solchen Privilegium enthalten. Wer als angesessen zu betrachten sey, ist nach den Ansässigmachungsgesetzen vom 11 Sept. 1825 und 1 Jul. 1834 zu beurtheilen, auf ein zur Befriedigung des Gläubigers hinreichendes Vermögen kommt es dabei nicht an. Die Frage, wer als genugsam vercautionirt gelte, hat das Ermessen des Richters zu entscheiden; ausgeschlossen davon sind nach den Anm. lit. g namentlich schlecht beleumundete Personen, fluchtverdächtige Schuldner und solche, welche ihr Vermögen zu verschwenden anfangen. Auch bei ihnen tritt durch den Arrestschlag das forum arresti ein.

γ) Gegen Inländer soll auch da Arrest impetrirt werden können, und das for. arr. stattfinden, wo ein Specialprivilegium eines Ortes solches mit sich bringt, was nach den Anm. in München der Fall ist. Gegen Adelige und Staatsdiener greift es nicht Platz, eine Ausnahme, welche auch heutzutage noch gilt, da das Privilegium bloß unter dieser Beschränkung vorhanden war, und nicht durch die Verfassungsurkunde erweitert werden sollte.

Im Allgemeinen ist über das forum arresti noch zu bemerken:

1) Dasselbe erlischt nicht dadurch, daß der Schuldner durch Cautionsleistung die Aufhebung des Arrestes bewirkt.

2) Hat der Schuldner einen privilegirten Gerichtstand (s. unten §. 11, 12), so muß auch das for. arr. ein entsprechendes Gericht seyn. Doch kann, wenn Gefahr auf dem Verzuge ist, jedes Gericht den Arrest verhängen, nur muß dann die Sache an das zuständige abgegeben werden.

3) Der Schlußsatz, den die G.O. in gegenwärtigem

Paragraph aufstellt, daß Inländer gegen einander im Ausland keinen Arrest impetriren sollen, ist von keiner praktischen Bedeutung.

Ueber das Verfahren beim Arrestproceß s. unten c. VIII §. 6.

§. 9.

Forum rei sitae.

Martin, §. 51. Bayer, S. 124.

Das forum rei sitae des bayrischen Rechts unterscheidet sich von dem des gemeinen Rechts dadurch, daß es

1) nicht mit dem forum domicilii concurrirt, sondern ausschließend und

2) weit ausgedehnter ist, indem alle Klagen vor demselben anzustellen sind, welche mehr auf die Sache selbst als auf die Person gehen. Dazu gehören

a) alle dinglichen Klagen, welche sich auf das Eigenthum, dingliche Rechte oder den letzteren analoge Rechtsverhältnisse, z. B. Reallasten beziehen, wie die rei vindicatio, Publiciana, confessoria, negatoria actio, Retractsklagen u. s. w.

b) alle possessorischen Rechtsmittel, es seyen remedia adipiscendae, retinendae oder recuperandae possessionis;

c) alle Theilungsklagen, sowohl die actio finium regundorum, als communi dividundo und familiae herciscundae;

d) alle actiones in rem scriptae außer der primär auf Entschädigung gehenden actio de pauperie;

e) die hereditatis petitio (nicht dagegen ist das Signat vom 6 Aug. 1764, wonach das forum domicilii die Verlassenschaftsverhandlung hat);

f) alle zur Vorbereitung der sub a — e aufgeführten Kla-

gen dienenden Rechtsmittel, z. B. actio ad exhibendum testamentum (Anm. lit. a).

g) Gewissermaßen gehört hierher die Bestimmung des Jurisdictionsvertrags mit Württemberg vom 7 Mai 1821 §. 8, wonach Unterthanen des einen Staates, welche im andern ein Etablissement besitzen, wegen persönlicher in Ansehung des Etablissements eingegangener Verbindlichkeiten vor dem Gerichte, wo sich dasselbe befindet, belangt werden können. Doch concurrirt dieses forum mit dem forum domicilii; auch ist es nicht, wie von manchen geschieht, auf Inländer auszudehnen.

Ob übrigens die Sache beweglich oder unbeweglich, ob sie körperlich oder unkörperlich, ist gleichgültig („ohne Unterschied derselben"); selbst von bloßen Forderungen gilt die gesetzliche Bestimmung, soferne sie Gegenstand einer der obigen Klagen, z. B. der Pfandklage, sind (Anm. lit. a). Ueber den Einfluß eines Gerichtsstandprivilegiums auf das forrei sitae s. unten §. 11.

§. 10.

Forum continentiae, vel connexionis causae.

Martin, §. 55, 58. Bayer, S. 135, 147.

Die Gerichtsordnung behandelt unter der angegebenen Ueberschrift zwei Gerichtsstände, welche, ihrem Wesen nach verschieden, wohl von einander zu trennen sind, nämlich den Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen oder der materiellen Connexität (forum continentiae causarum ex connexitate) und den der Einheit des Klagegrundes (forum continentiae causarum ex identitate). Jener beruht darauf, daß Sachen, welche in einem innern Zusammenhange stehen, vor einem und demselben Gerichte verhandelt werden müssen, dieser darauf, daß

Ansprüche aus demselben Klagfundamente gegen mehrere Personen, welche unter verschiedenen Gerichten stehen, bei einem und demselben Gerichte verfolgt werden können (identitas personalis), was nach bayerischem Recht auch von Ansprüchen auf mehrere Sachen gilt (identitas realis). Das forum connexitatis ist immer ein ordentlicher Gerichtsstand im Sinne des gemeinen Rechts, das forum cont. ex id. oft ein außerordentlicher.

I. Forum connexitatis materialis.

Die Gerichtsordnung bestimmt hierüber bloß: „Sachen, welche zusammengehören, soll man nicht leicht von einander trennen, sondern vor einer Obrigkeit allein verhandeln lassen." In den Anmerkungen lit. a ist dieß näher dahin erläutert, daß präparatorische Sachen dahin gehören, wohin die Hauptsache gehöre, ebenso das punctum reconventionis, interventionis, litis denunciationis, nominationis, ferner alle dahin einschlagenden Incidentien, sowie das punctum damnorum, expensarum, alimentorum und dgl. anhängige Sachen (die weiter angeführte Regel, daß keine anhängige Streitsache an ein anderes Gericht gezogen werden darf, gehört nicht hieher). Allein auch diese Erläuterungen reichen nicht hin, ein vollständiges System zu bilden, es ist daher das gemeine Recht zu Hülfe zu nehmen, auf welches die Anmerkungen überdieß ausdrücklich verweisen. Mit Rücksicht hierauf lassen sich folgende Sätze aufstellen.

1) Als materiell connex gehören zusammen Präjudicial-, präparatorische, Incidentsachen (Incidentsachen, wenn sie in eignen Acten verhandelt werden, im entgegengesetzten Fall heißen sie Incidentpunkte), sodann Nebensachen im Verhältniß zur Hauptsache. Die mit diesen Ausdrücken verbundenen Begriffe sind ganz dieselben wie im gemeinen Rechte. Ferner kann das Strafgericht unter den oben zu §. 4 angegebenen Voraussetzungen über die aus einem Verbrechen

oder Vergehen entspringenden civilrechtlichen Forderungen entscheiden, wogegen die für die Bestrafung von Polizeiübertretungen competente Behörde dieß nur dann kann, wenn sie mit dem Richteramt bekleidet ist.

2) Possessorium und petitorium gehören zwar auch nach bayerischem Recht vor Ein Gericht, welches jedoch regelmäßig nicht als forum connexitatis, sondern forum rei sitae erscheint. Nur wenn die eine Sache wegen eines Gerichtsstandprivilegiums vor ein anderes Gericht gehörte (s. unten §. 11), träte das forum connexitatis ein.

3) Competent wird das Gericht der Hauptsache, respective wenn die Streitsachen nicht im Verhältniß von Haupt- und Nebensachen stehen, das zuerst angegangene. Nur muß es für solche Sachen, zu welchen die connexe gehört, überhaupt competent seyn, daher kommt z. B. dem Ehegericht nicht die Cognition über die Vermögensauseinandersetzung der geschiedenen Ehegatten zu. Eine Ausnahme s. unten §. 13 IV, 1.

4) Daß die connexe Sache dieselben Parteien betreffe, wie die Hauptsache, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, auch lassen sich Fälle denken, wo eine Trennung selbst unter dieser Voraussetzung zu den größten Inconvenienzen führen würde. Ist dagegen die Trennung mit keinem Nachtheil verknüpft, so ist ihr namentlich unter jener Voraussetzung umsomehr stattzugeben, da das Gesetz bloß verordnet, zusammengehörige Sachen „nicht leicht" zu trennen. Vgl. Anm. zu cap. VIII §. 4 lit. d.

5) Wird die Nebensache zuerst verhandelt, so wird die Hauptsache dadurch nicht an dasselbe Forum gebunden, soferne noch ein anderes für sie competent ist.

II. Forum continentiae ex identitate.

Hier ist zu unterscheiden zwischen *identitas personalis* und *realis*.

1) Hat jemand gegen mehrere Personen, welche unter verschiedenen Gerichten wohnen, aus einem und demselben Rechtsgrunde Klagen, so kann er sie alle zusammen bei dem nächsten Obergerichte belangen. Diese Bestimmung der Gerichtsordnung, deren Anwendbarkeit durch die veränderte Gerichtsverfassung zweifelhaft geworden war, ist durch eine authentische Erklärung und Vervollständigung vom 9 Aug. 1810 in der Art erläutert worden, daß

a) mehrere Beklagte, welche unter demselben Appellationsgerichte als zweiter Instanz stehen, bei diesem belangt werden sollen;

b) stehen sie unter verschiedenen Appellationsgerichten, so hat der Kläger zwischen den verschiedenen Untergerichten, unter welchen sie stehen, die Wahl; nur muß er, falls sich privilegirte Beklagte dabei befinden, die Klage vor einem privilegirten Forum, und zwar dem des höchst privilegirten Beklagten anstellen. Die übrigen Beklagten müssen sich an dem gewählten Gerichte einlassen, einerlei ob das Streitobject theilbar ist, oder nicht.

2) Hat jemand eine dingliche Klage gegen Eine Person wegen mehrerer unter verschiedenen Gerichtsbezirken befindlicher Objecte, so finden ganz dieselben Grundsätze statt, ausgenommen wenn der Beklagte den größten Theil seiner Güter notorisch in einem andern Gerichtsbezirke besitzt, als wo geklagt wurde. Der Grund dieses dem gemeinen Rechte unbekannten Gerichtsstandes liegt in der Ausschließlichkeit des forum rei sitae nach bayerischem Recht.

Bei der ident. pers. ist übrigens nach der G. O. der Kläger nicht verpflichtet, gegen sämmtliche Schuldner auf einmal zu klagen, und ebensowenig wollte das Ges. vom 9 Aug. 1810 eine Neuerung hierin treffen, daher ist die exc. plurium litisconsortium unzulässig.

§. 11.

Personen, welche a foro ordinario ausgenommen sind.

Martin, §. 49. Bayer, S. 141.

Die Bestimmungen der §§. 11—13 der G. O. sind fast ganz durch neueres Recht antiquirt.

Es gibt gewisse Personen, welche von den ordentlichen Gerichten ausgenommen sind und einen privilegirten Gerichtsstand haben, und solche, welche zwar auch von jenen Gerichten ausgenommen sind und einen eignen Gerichtsstand haben, ohne daß man jedoch diesen einen privilegirten nennen könnte.

I. Personen, welche einen privilegirten Gerichtsstand haben.

Das bayrische Recht kennt dreierlei privilegirte Gerichtsstände:

a) vor dem König, welcher einen Familienrath beiziehen kann,

b) vor den Appellationsgerichten,

c) vor den Kreis- und Stadtgerichten.

1) Unmittelbar vor dem König haben ihren Gerichtsstand die Glieder des königl. Hauses, d. h. alle Prinzen und Prinzessinnen, welche von dem König oder einem Descendenten des gemeinschaftlichen Stammvaters des königl. Hauses durch anerkannte, ebenbürtige, rechtmäßige Ehe in männlicher Linie abstammen, sodann die Gemahlinnen der königl. Prinzen und ihre Wittwen während des Wittwenstandes. König und Königin sind keinem Gericht unterworfen. Dieser Gerichtsstand tritt jedoch bloß für persönliche Klagsachen ein. Familienstatut vom 5 Aug. 1819.

2) Vor den Appellationsgerichten haben ihren Gerichtsstand

a) die Glieder des königl. Hauses (sub 1) in Real-

und gemischten Sachen, und zwar vor dem in concreto einschlägigen;

b) der königl. Fiscus, d. i. die Staatscasse, Cabinetscasse und die Hofstäbe, sowohl in persönlichen als dinglichen Klagsachen. Ist die Forderung zunächst gegen die Staatsschuldentilgungscasse gerichtet, oder bezieht sie sich auf einen Zweig der Finanzverwaltung, welcher unter einer eignen Centralbehörde steht (Generalzoll-, Generalpost-, General-Lottoadministration, Salinendirection, Militärfiscus), so ist dafür das Appellationsgericht von Oberbayern competent, außerdem das Appellationsgericht des Kreises, dessen Regierung im Verwaltungswege die competente Stelle für die Sache ist. Doch kann auch forum rei sitæ und forum contractus (an dem treffenden Appellationsgerichte) vorkommen. V. U. Tit. VIII. §. 5;

c) die Standesherren nebst ihrer Familie, welchen der Herzog von Leuchtenberg sammt seiner Familie gleichgestellt ist, in allen persönlichen und Realklagen. V. U. Beil. IV. §. 6;

d) die erblichen Reichsräthe für ihre Person (ihre Familie nur so weit der accessorische Gerichtsstand eintritt, s. u. §. 14) in Personalklagsachen, dagegen in Realklagsachen nur bezüglich solcher Gutscomplexe, auf welchen ihnen die gutsherrliche Gerichtsbarkeit zusteht. V. U. Beil. V. §. 11.

3) Vor den Kreis- und Stadtgerichten haben ihr Forum

a) die Adeligen (außer den bisher genannten) in Personalklagsachen, in Realklagsachen nur unter der sub 2 d angegebenen Beschränkung. V. U. Tit. V. §. 4;

b) alle höhern sowohl unmittelbaren als mittelbaren Beamten vom wirklichen Collegialrath an, jedoch bloß in Personalklagsachen, eben so

c) die Geistlichen. V. U. Tit. V. §. 5, und

d) die activen, passiven und à la Suite angestellten

Officiere und Militärbeamten vom Officiersrang. Ges. v. 15 Aug. 1828.

II. Personen welche einen eignen, nicht privilegirten Gerichtsstand haben.

1) Gesandte sind nebst Familie und Gefolge in allen Personalklagsachen vom inländischen Gerichtszwang ausgenommen, in Realklagsachen nur dann, wenn sich die Klage auf bewegliche Gegenstände, mit denen der Gesandte nicht Handel treibt, bezieht. Anm. lit. i.

2) Der Gerichtsstand der oben §. 3, sub I. 1 genannten Beamten vor dem Stadtgericht der Kreishauptstadt ist kein privilegirter, er hört mit dem Amte auf, deßhalb können adelige Beamte jener Classe ihr Forum vor einem andern Stadtgericht haben.

3) Der Fürst von Thurn und Taxis übt durch seine Gerichte die Gerichtsbarkeit über seine Dienerschaft und deren Hausgenossen aus. Rescr. v. 27 März 1812.

4) Ein besonderer Gerichtsstand tritt für die Armee ein, wenn sie ins Feld rückt. Die Auditore haben nämlich mit Zuziehung eines Actuars alle Personalklagsachen zu verhandeln und zu entscheiden. Hört der Krieg auf, so sind die erwachsenen Acten zum Reponiren, wenn sie erledigt, außerdem zur Erledigung an die treffenden Civilgerichte abzugeben. Ges. v. 15 Aug. 1828, §. 9. Dieselbe Anordnung kann vom Könige aus erheblichen Gründen in Friedenszeiten getroffen werden. Ib. §. 11.

§. 12.

Fälle, worin das forum privilegiatum eximirter Personen nicht statt hat.

Martin, §. 50. Bayer, S. 142.

Daß das forum privilegiatum nicht statt hat, wenn der Eximirte Kläger ist, versteht sich von selbst, er müßte

denn pct. provocationis klagen. Ebensowenig greift es Platz, wenn er Litisdenunciat, Intervenient, Adcitat, Widerbeklagter ist, wie überhaupt bei allen materiell connexen Sachen, ferner wenn er verzichtet. In welchen Fällen dasselbe bei Realklagen ausgeschlossen sey, wurde bereits im vorigen §. angegeben.

Von Ausländern können nach der Bundesacte Art. 14 bloß die Mitglieder regierender und standesherrlicher Häuser, dann die vormals reichsunmittelbaren Adeligen im Inland auf einen privilegirten Gerichtsstand Anspruch machen; letztere haben ihn vor den Kreis- und Stadtgerichten, erstere vor den Appellationsgerichten.

Beamte verlieren ihr privilegirtes Forum nicht durch Quiescenz oder Pensionirung, sondern nur durch Dienstentsetzung oder Entlassung, oder Degradation zu einer Stelle, welcher ein privilegirtes Forum nicht zukommt. Daß der Gerichtsstand der o. §. 3, I, 1 genannten Beamten mit der Quiescenz aufhört, ist von der eben angegebenen Regel keine Ausnahme. §. 11, Nr. II, 2.

§. 13.

Sachen, welche von dem ordentlichen Gerichtszwange ausgenommen sind.

Martin, §. 19—25, 47. Bayer, S. 21, 141.

Eine Civilproceßsache ist vorhanden, wenn jemand die Hülfe des Staates behufs der Geltendmachung eines gegenwärtigen Privatrechts gegen eine bestimmte, der richterlichen Gewalt unterworfene Person auf den Grund einer bestehenden Rechtsnorm anruft. Dieß muß bei den gesetzlich dafür bestimmten Gerichten geschehen, dagegen sind von dem ordentlichen Gerichtszwang der Civilgerichte ihrer Natur nach alle Rechtssachen ausgenommen, welche nicht unter den Begriff der Civilproceßsachen fallen, namentlich die so-

genannten Verwaltungssachen. Es gibt aber auch Civilproceßsachen, welche von den ordentlichen Gerichten ausgenommen und eignen Gerichten überwiesen sind, und andere, welche den Gerichten ganz entzogen und den Verwaltungsstellen zugetheilt sind (administrativ-contentiöse Sachen).

I. Zu den Verwaltungssachen gehören im Allgemeinen:

1) alle Streitigkeiten über öffentliche Rechte, welche einer Person als Staatsbürger, oder als Mitglied einer öffentlichen Corporation oder der Kirche zustehen, insbesondere das Recht der Wählbarkeit zur Ständeversammlung und zum Landrath, und die Fähigkeit zu Staats- und Gemeindeämtern;

2) Beschwerden über Verletzung der Freiheit des Gewissens und des geistigen Verkehrs;

3) Streitigkeiten über Ausübung eines vom Staate einem Privaten verliehenen Hoheitsrechts;

4) über Indigenat, Heimath, Ansässigmachung, Verehelichung, Concessionsertheilung, Umfang einer ertheilten Concession;

5) über die Pflichten zur Abgabe von Steuern, zum Beitrag zu Umlagen, zum Heeresdienst, zur Abtretung des Eigenthums an den Staat für nothwendige Zwecke (Expropriationsges. vom 17 Nov. 1837);

6) über Anordnungen der Regierung, welche im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Wohlfahrt getroffen wurden, soferne es sich dabei bloß um die Frage über die Berechtigung zu diesen Anordnungen handelt.

In allen diesen Fällen, deren nähere Ausführung übrigens nicht hieher gehört, ist es gleichgültig, ob der Streit zwischen Regierung und Unterthanen, oder zwischen letztern unter einander obschwebt.

II. Die meisten von den sub I aufgeführten Rechts-

sachen können jedoch eine Seite darbieten, von welcher aus sie sich zu einem Civilproceß eignen. So gehören namentlich vor die Civilgerichte

1) Streitigkeiten über Entschädigung für den durch eine Regierungshandlung zugefügten Schaden, sey es übrigens durch eine rechtmäßige Regierungshandlung, z. B. Zwang zur Abtretung des Privateigenthums für öffentliche Zwecke (vrgl. das o. I, 5 alleg. Ges.), oder durch eine solche welche auf eine gesetzwidrige Weise in wohlerworbene Privatrechte eingreift, oder sey es durch das gesetzwidrige Verfahren eines Beamten, in welch' letzterem Falle dessen vorgesetzte Behörde die Handlung als eine amtswidrige bezeichnet haben muß;

2) Streitigkeiten über verweigerte Auszahlung des Gehalts oder der Pension eines Beamten;

3) Streitigkeiten über staatsbürgerliche Rechte und Pflichten, welche ihren Grund nicht in einem öffentlichen sondern Privatrechtsverhältnisse, wie Vertrag, haben, z. B. über vertragsmäßige Heimath, vertragsmäßig festgesetzten Beitrag zur Umlage;

4) Constatirung der Realität eines Gewerbes, oder des Umfangs eines realen Gewerbes sowohl gegen die Administrativbehörde, als gegen Dritte. Gewerbsgesetz vom 11 Sept. 1825, Art. 10, Nr. 3.

III. Eignen Gerichten überwiesen sind folgende Civilproceßsachen:

1) Ehestreitigkeiten. Sind beide Eheleute katholisch, so verhandelt und entscheidet in erster Instanz das bischöfliche oder erzbischöfliche Consistorium, in zweiter das treffende erzbischöfliche Metropoliticum; hat jedoch ein erzbischöfliches Consistorium in erster Instanz entschieden, so geht der Instanzenzug an das Metropoliticum der andern Diöcese. In dritter Instanz entscheidet der Papst resp. das

von ihm delegirte Gericht. Vrgl. Concordat v. 5 Juni 1817, Art. XII, lit. c. V. O. v. 7 Mai 1826.

Sind beide Theile protestantisch, so verhandelt (doch wird hiezu in der Regel ein Untergericht committirt) und entscheidet in erster Instanz das Appellationsgericht zu Bamberg, (in standesherrlichen Gebieten die Justizkanzlei (V. U. Beil. IV. §. 46); doch können in unmittelbaren Gebieten die Parteien mit beiderseitiger Einwilligung das Appellationsgericht des treffenden Kreises prorogiren. In zweiter und letzter Instanz entscheidet das Oberappellationsgericht.

Sind die Ehegatten verschiedener Religion, so entscheidet der Gerichtsstand des Beklagten; wird die Ehe getrennt, so hat das Gericht des Klägers das, was seinem Eherecht gemäß ist, zu erkennen, und zwar das katholische ex officio, wenn das Urtheil auf völlige Auflösung der Ehe lautet, weßhalb ihm vom protestantischen Ehegericht die Acten mitzutheilen sind, das protestantische dagegen bloß auf Antrag des protestantischen Klägers.

Uebrigens beschränkt sich diese Gerichtsbarkeit auf die Frage über Gültigkeit oder Ungültigkeit, resp. Scheidung einer christlichen Ehe, dann auf die Ehescheidungsstrafe, dagegen gehören alle andern Streitfragen, z. B. über Consens der Eltern, sowie die Trennung nicht christlicher Ehen vor die ordentlichen Gerichte.

2) Wechselsachen gehören in allen diesseitigen Kreisen, mit Ausnahme der ehemals preußischen Provinzen, vor eigne Wechselgerichte, welche aus rechtskundigen Richtern und Handelsverständigen zusammengesetzt sind (Formation vom 21 Dec. 1837). Es gibt dabei bloß zwei Instanzen, das Verfahren richtet sich, wo keine eigne gilt, nach der bayerischen Wechselordnung.

3) Mercantilsachen (Streitigkeiten zwischen Handelsleuten unter einander, oder mit Dritten über Geschäfte,

zu deren Entscheidung die Kenntniß kaufmännischer Gewohnheiten nothwendig ist,) gehören in Ober- und Niederbayern, in der Oberpfalz und in Nürnberg vor eigne Gerichte, welche ebenfalls aus rechtskundigen Richtern und Handelsverständigen zusammengesetzt sind. V. O. v. 18 Mai 1789; v. 31 Jan. 1806.

4) Bergsachen (Streitigkeiten, welche aus dem Bergbau entspringen, zu deren Entscheidung bergmännische Kenntnisse erforderlich,) werden von den ordentlichen Gerichten mit Zuziehung gewisser Bergbeamter verhandelt und entschieden, nur beim Oberappellationsgericht besteht ein eigner Senat dafür. V. O. v. 14 Sept. 1809.

5) Adelsstreitigkeiten gehören vor das treffende Appellationsgericht. V. U. Beil. V. §. 7. Dagegen sind Lehens- und Fideicommißsachen den ordentlichen Gerichten nicht mehr entzogen.

IV. Folgende Civilproceßsachen sind den Gerichten ganz entzogen und den Verwaltungsbehörden zugewiesen:

1) Culturstreitigkeiten. Hiezu gehören namentlich Streitigkeiten zwischen Grundeigenthümern und Servitutberechtigten über eine Bewirthschaftungsweise des Grundstücks, welche die Rechte der letzteren gefährdet, oder eine Ausübung der Servitut, welche die Cultur des Grundstücks ungebührlich beeinträchtigt; ebenso Streitigkeiten über den Ersatz der Wildschäden. Rechtsstreite über Gemeindetheilungen, Ansprüche auf Gemeinderechte u. s. w. gehören nicht dazu, ausgenommen wenn sie mit einer Culturfrage zusammenhängen. Vrgl. die verschiednen Culturmandate.

2) Streitigkeiten über Kriegskostenperäquation, soferne sie sich nicht auf einen privatrechtlichen Titel gründen. V. O. v. 3 Jan. 1807.

3) Differenzen mit der vom Staate unternommenen Brandversicherungsanstalt über Ein- und Austritt,

Anschlag der Gebäude, Größe der Entschädigung und der Beiträge. V. O. v. 23 Jan. 1811.

4) Streitigkeiten über den Simultangebrauch einer Kirche unter Gemeinden verschiedener Religion. V. U. Beil. II. §. 92.

5) Provisorische Verfügungen über Beitrag zu Kirchenbauten, soferne die Beitragspflicht durch Gesetz, Anerkenntniß, Vertrag, Herkommen, Besitz oder richterliches Urtheil unzweifelhaft feststeht. V. O. v. 1 Oct. 1830.

6) Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaften und Dienstboten in allen in den Dienstbotenordnungen ausgedrückten Fällen, zwischen Handwerksmeistern, Gesellen und Lehrlingen, Differenzen zwischen Hauseigenthümern und Miethleuten, soferne kein schriftlicher Miethvertrag errichtet wurde, vorausgesetzt in allen diesen Fällen, daß das Verhältniß der Streitenden zu einander noch nicht aufgelöst ist. Ferner Streithändel, welche auf dem Markt vorfallen, und keiner weitläufigen Untersuchung bedürfen, geringe Injurienhändel, welche an öffentlichen Orten vorfallen und sich nicht zur Cognition der Civilgerichte eignen (vrgl. L. 1 §. 1 D. de extraord. crim. L. 6 sub f. D. de injur.). V. O. v. 24 Sept. 1808, §. 88.

7) Rechnungsstreitigkeiten zwischen dem Staat, oder einer unter unmittelbarer Aufsicht des Staates stehenden Stiftung und Rechnungsbeamten. V. O. v. 11 Jan. 1826.

8) Streitigkeiten über Participation der Intercalarfrüchte. V. O. v. 21 April 1807.

9) Klagen auf Entschädigung wegen Nachdrucks. Ges. v. 15 April 1840.

Daß die Verhandlung und Aburtheilung über Defraudationen von Abgaben nicht vor die Civilgerichte gehöre

(eine singuläre Bestimmung über Stempelcontraventionen ausgenommen, vrgl. Stempelordnung v. 11 Sept. 1825, §. XI.), versteht sich von selbst, sie gehören daher auch nicht zu den administrativ-contentiösen Sachen.

Das Verfahren bei den angegebenen Gegenständen richtet sich nach der Gerichtsordnung und den Novellen (dagegen nicht bei Verwaltungssachen), ist aber immer ein summarisches.

V. Bestreiten die Parteien die Competenz eines Gerichts, so ist ein Competenzstreit vorhanden, welchen das Gericht selbst zu entscheiden hat; dabei ist es gleichgültig, ob die Verweigerung der Einlassung sich darauf gründet, daß die Sache vor ein anderes Civilgericht gehöre, oder darauf, daß sie als eine administrativ-contentiöse, oder Verwaltungssache gar nicht vor die Gerichte gehöre. Bestreiten sich dagegen die Gerichte resp. Verwaltungsbehörden die Competenz (negativ, indem beide die Sache von sich weisen, — affirmativ, wenn beide sie an sich ziehen), so ist ein Competenzconflict vorhanden, wobei zu unterscheiden ist:

1) Entsteht ein Competenzconflict zwischen Justizbehörden (Untergerichten oder Obergerichten), so ist er vom Justizministerium zu entscheiden. V. O. v. 15 Apr. 1817, §. 43. V. O. v. 9 Dec. 1825, §. 55.

2) Entsteht dagegen ein Competenzconflict zwischen einer Justiz- und einer Verwaltungsbehörde, so haben sie in dienstfreundliches Benehmen mit einander zu treten, und sich die Gründe, aus welchen sie sich für competent oder incompetent halten, mitzutheilen. Führt dieß nicht zu einer Vereinigung, so berichten sie an ihre vorgesetzten Stellen, welche ebenfalls durch Communication den Conflict zu heben suchen, und soferne es nicht gelingt, an die beiden vorgesetzten Ministerien Bericht erstatten. Werden auch diese

nicht einig, so war früher die Entscheidung des Competenz-conflicts dem geheimen Rathe, später dem Staatsrathe übertragen, allein seit der V. O. v. 3 Mai 1817 (wiederholt in der V. O. v. 18 Nov. 1825) ist die Entscheidung dem Könige vorbehalten, und der Staatsrath hat bloß ein Gutachten darüber abzugeben.

Uebrigens kann nach der V. O. vom 22 Juni 1813 ein Competenzconflict bloß so lange erhoben werden, als sich der Beklagte in den Streit noch nicht eingelassen hat. Hat er dieß einmal gethan, geschah es auch nur durch Entgegensetzen der exceptio fori declinatoria, so wird die Behörde für die Entscheidung der Frage, ob eine Justiz- oder Verwaltungssache vorhanden sey, competent, und der Ausspruch erlangt eine nur durch Appellation, so weit diese möglich, nicht aber durch Erhebung eines Competenzconflicts zu beseitigende Rechtskraft.

§. 14.

Von dem foro accessorio.

Martin, §. 50. Bayer, S. 119, 144.

Der Gerichtsstand des Ehemannes kommt auch

1) seiner Ehefrau und Wittwe zu, so lange sie sich nicht wieder verheirathet. Die quoad thorum et mensam geschiedene Ehefrau behält ihn bloß dann, wenn die Scheidung ohne ihr Verschulden erfolgte, die quoad vinculum geschiedene behält ihn gar nicht. Verändert die Wittwe ihr Domicil („wenn sie sich gutwillig anderer Jurisdiction unterwirft"), so hört zwar das frühere forum auf, allein wenn es ein privilegirtes war, ist es auch das neue;

2) seinen Kindern so lange, bis sie sich von ihm abgesondert, oder nach seinem Tode in die Erbschaft getheilt haben. Doch hört mit dem for. access. nicht immer der

privilegirte Gerichtsstand auf, welchen die Kinder aus der Person des Vaters haben. Im ersten Fall (der Absonderung) verlieren sie zwar das privilegirte Forum, welches etwa ihr Vater hatte, soferne es ihnen nicht vermöge ihrer eignen Standeseigenschaft zukommt; im zweiten Fall dagegen (der Theilung der Erbschaft) behalten auch die Kinder der mit einem bevorzugten Gerichtsstand begabten Beamten, Geistlichen und Officiere ein privilegirtes Forum so lange, bis sie einen selbständigen staatsbürgerlichen Stand erlangt haben;

3) seinen Dienstboten, nur gilt dieß nicht vom privilegirten Gerichtsstand, wohl aber von dem eignen forum der §. 3, I, 1 genannten Beamten.

4) Die Auseinandersetzung einer Erbschaft gehört vor das forum domicilii (oder privilegiatum) des Erblassers, die hereditatis petitio dagegen vor das forum rei sitae, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Beklagte daselbst aufhält oder nicht. S. o. §. 9.

§. 15.

Forum in der Klage ex lege diffamari, vel si contendat.

Martin, §. 255. Bayer summ. Proc. §. 55. 61.

Die gemeinrechtliche Controverse, ob Provocationsklagen im forum des Provocaten oder Provocanten anzustellen seyen, wird von der Gerichtsordnung mit Rücksicht auf die Connexität der Provocations- und Hauptsache dahin entschieden, daß sie vor das Forum der Hauptsache gehören, also in der Regel vor das forum domicilii des Provocanten; wenn dagegen ein anderes Gericht für die Hauptsache competent ist (z. B. forum rei sitae), vor dieses. Daß übrigens dem Provocaten, wenn er die Hauptklage bei mehreren Gerichtsständen anstellen kann, durch die bei einem

derselben angebrachte Provocationsklage sein Wahlrecht nicht verloren gehe, wurde bereits oben §. 10, I, 5 bemerkt.

§. 16.

Von der praeventione fori.

Martin, §. 61. Bayer, S. 154.

Durch Prävention wird von mehreren gleichmäßig competenten Gerichten, sey es daß der Kläger zwischen ihnen die Wahl hat, sey es daß jede der Parteien als Kläger die Sache bei einem andern Gerichte anbringen kann, das eine angegangene ausschließlich competent, so daß derjenige, welcher dieselbe Sache später bei einem andern forum anbringt, abgewiesen und überdieß in eine Ordnungsstrafe verurtheilt wird. Mit diesem Begriff der Prävention ist der der Rechtshängigkeit nicht zu verwechseln, welche unter andern eine ähnliche Folge hat, nämlich die, daß die anhängige Sache von dem angegangenen forum nicht mehr abgezogen werden darf, wenn auch ein Umstand eintritt, bei dessen anfänglichem Vorhandenseyn der angegangene Richter unzuständig gewesen wäre, z. B. Domicilsveränderung, s. u. cap. V, §. 9.

Die Prävention wird nach der Gerichtsordnung durch gerichtliche Vorladung begründet, ein Ausdruck, der nach den Anm. lit. a (denn sie verweisen auf das gemeine Recht,) nicht streng wörtlich zu nehmen ist, vielmehr genügt dazu jedes an die Parteien insinuirte Decret, wodurch das Gericht zu erkennen gibt, daß es sich der Cognition der Sache unterziehe. Daher kann eine definitiv abgewiesene Klage nicht mehr bei einem andern Gerichte angestellt werden. Dagegen treten die Wirkungen der Prävention nicht ein bei einer Abweisung angebrachtermaßen oder hierorts, der Abgewiesene müßte denn dagegen appelliren und ein günstiges Urtheil erwirken, in welchem Fall Prävention mit rück-

wirkender Kraft von der Insinuation des ersten Decrets an einträte.

Die Wirkung der Prävention erlischt, wenn beide Theile an dem anberaumten Termine ausbleiben (terminus circumductus), oder wenn sich die Partei, welche die Einrede der Prävention entgegensetzen könnte, bei einem andern Gerichte ohne Verwahrung einläßt, aber nicht wenn eine Veränderung in der Gerichtsverfassung eintritt, vielmehr sind hier die Acten dem an die Stelle des präveniirten Forum getretenen Gerichte hinüberzugeben.

§. 17.

Von der jurisdictione prorogata et voluntaria.

Martin, §. 60. Bayer, S. 150, 96.

Die Gerichtsordnung verlangt zur Wirksamkeit der Prorogation, daß sie mit Wissen und Willen des ordentlichen Richters geschehe. Da dieß nach den Anmerkungen lit. a seinen Grund lediglich in den dem zuständigen Richter entgehenden Gerichtssporteln hat, so wird heutzutage allgemein angenommen, daß die Zustimmung des ordentlichen Richters nur dann nöthig sey, wenn die Prorogation von einem gutsherrlichen Gerichte an ein königliches, oder umgekehrt, oder wenn sie von einem gutsherrlichen an ein anderes gutsherrliches, nicht aber wenn sie von einem königlichen an ein anderes königliches geschieht. In allen Fällen muß aber der prorogirte Richter für Streitsachen, wie die an ihn gebrachte, überhaupt competent, auch darf es kein ausländischer Richter seyn. Der prorogirte Richter ist übrigens nicht verpflichtet, die an ihn gebrachte Sache anzunehmen. Durch beiderseitiges Einverständniß der Parteien werden die Wirkungen der Prorogation wieder aufgehoben.

Die Schlußbemerkung des §. über die jurisdictio voluntaria gehört in das Civilrecht. Vrgl. Anm. lit. b.

§. 18.

Von der jurisdictione delegata.

Martin, §. 41. 68. Bayer, S. 92, 178.

Der Ausdruck Delegation wird vom Gesetz in einem viel weiteren Sinn gebraucht, als man ihn gemeinrechtlich auffaßt. Im gemeinen Recht spricht man von Delegation bloß dann, wenn die Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreites einem ganz andern Gericht, als dem eigentlich zuständigen übertragen wird. Die Befugniß hiezu steht nach der Gerichtsordnung unbedingt dem Landesherrn zu, allein durch die Bestimmung der Verfassungsurkunde Tit. IV, §. 8, daß niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf, ist diese Befugniß aufgehoben worden. Nur darn kann ausnahmsweise eine Delegation stattfinden, wenn ein Gericht perhorrescirt wird; nach V. O. vom 24 Jul. 1808, §. 35 hat in diesem Fall das vorgesetzte Obergericht ein anderes nahe gelegenes Untergericht zu delegiren, ohne daß es einer Anfrage bei der höchsten Stelle bedarf. Dasselbe gilt wohl auch von dem Fall, wenn ein Untergericht hartnäckig die Justiz verweigert.

Außer dieser Delegation im engeren, eigentlichen Sinne gehören zu dem von der G. O. aufgestellten weiteren Begriffe noch folgende Fälle:

1) wenn ein Obergericht die Verhandlung einer Sache, für welche es selbst competent ist, zur Ersparung von Zeit und Kosten einem Untergericht überträgt, dagegen selbst entscheidet, z. B. in einer Ehesache, oder im Fall der continentia ex identitate. Dergleichen Uebertragungen müssen sich immer auf die Instruction beschränken, wogegen die Entscheidung nicht bloß in der Haupt-, sondern auch in Nebensachen vom Obergericht ausgehen muß;

2) wenn von einem Gerichte ein oder mehrere Ge-

richtsmitglieder zur Verhandlung und selbst Entscheidung gewisser Rechtsstreite (z. B. Nov. vom 17 Nov. 1837 §. 9 — 11), oder zur Vornahme gewisser Handlungen: committirt werden (Deputation, Commission). Die Befugniß hiezu, welche die G.O. bloß den Obergerichten einräumt, steht seit der neuen Gerichtsverfassung auch den Untergerichten zu.

3) Hieher gehört auch der in der V. O. vom 29 Sept. 1818 verzeichnete Fall. Kreis- und Stadtgerichte dürfen nämlich nach dieser V. O. zur Verrichtung aller Handlungen der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit, welche außer dem Gerichtssitze am Wohnorte der den privilegirten Gerichtsstand genießenden Personen oder auf dem Gute eines Adeligen vorzunehmen sind, die ordentlichen Gerichte, in deren Jurisdictionsbezirk die Handlung zu geschehen hat, requiriren, obgleich sie selbst zu deren Vornahme competent wären. Andere Requisitionen fallen auch nicht in den weiteren von der G. O. aufgestellten Begriff der Delegation. Uebrigens ist in allen diesen Fällen (1 — 3) eine Anfrage des Delegirten bei der höchsten Stelle nicht mehr nöthig.

4) Auch der Fall wird von der G. O. hieher gerechnet, wenn ein Gutsherr sein Gericht mit einem Beamten besetzt (*jurisdictio mandata*), wozu er nach der V. U. Beil. VI § 50 verpflichtet ist, wenn er nicht selbst sämmtliche Vorbedingungen für den Staatsdienst erfüllt hat. Die näheren Bestimmungen über die Besetzung der gutsherrlichen Gerichte, und über die Substitutionsbefugnisse im Fall der Erledigung sind in der alleg. Beil. §. 42 — 50 enthalten, ihre Erläuterung gehört indessen in das bayerische Staatsrecht.

Die Bestimmung am Ende des Paragraph, daß die Commission durch den Tod des Committenten erlösche, gilt heutzutage nicht mehr.

§. 19.

Von dem Rechte der ersten Instanz.

Martin, §. 59, 309. Bayer, S. 176.

Das bayerische Recht kennt keinen eignen Gerichtsstand mitleidswürdiger Personen; ein Ueberspringen der ersten Instanz liegt heutzutage auch nicht mehr in der Willkür der Parteien, da die Obergerichte solche Prorogationen zurückweisen. Verzögert ein Gericht hartnäckig die Justiz, so kann bei der vorgesetzten Behörde die querela protractae vel denegatae justitiae angestellt werden, worauf diese mit Strafe einzuschreiten und im äußersten Falle die Sache an sich zu ziehen hat. Doch pflegen die Obergerichte, damit den Parteien keine Instanz verloren gehe, ein anderes Untergericht zu delegiren.

§. 20.

Von Recusirung eines Richters.

Martin, §. 59, 298. Bayer, S. 104.

Hat eine Partei Gründe, aus welchen sie glaubt, der Richter werde in ihrer Streitsache nicht unbefangen urtheilen, so steht ihr das Recht zu, ihn zu verbitten. Das Gesetz und die Anmerkungen gebrauchen hiefür die Ausdrücke Perhorrescenz und Recusirung, zwischen welchen indeß bloß ein formeller Unterschied ist, indem erstere die Verbittung eines ganzen Gerichts, letztere die eines einzelnen Mitgliedes bezeichnet. Als Perhorrescenzgründe werden im Text die Gründe angegeben, welche einen Zeugen verdächtig machen; dieselbe Wirkung muß natürlich auch den Gründen beigelegt werden, welche letzteren untüchtig machen (s. unten cap. X §. 10 u. 11), überdieß sollen nach den Anmerkungen durch die Fassung des Gesetzes auch andere Gründe, soferne sie der Richter erheblich findet, nicht ausgeschlossen seyn.

Will eine Partei den Richter verbitten, so muß sie rechtzeitig, d. h. der Kläger mit der Klage, der Beklagte vor der Einlassung (soferne sich der Verdachtsgrund nicht erst später ergeben hat,) ein Perhorrescenzgesuch stellen. Der Verdachtsgrund ist dabei speciell zu benennen, braucht jedoch bloß bescheinigt zu werden, wozu überdieß nach der Gerichtsordnung (§. 19) die bloße Ableistung des Perhorrescenzeides hinreichte. Dieß ist nun zwar durch eine Novelle vom 17 Oct. 1760 abgeändert worden, doch möchte jener Eid auch heutzutage dann noch Platz greifen, wenn die beigebrachte Bescheinigung dem Richter nicht ganz hinreichend dünkt.

In Bezug auf die Frage, wo das Gesuch anzubringen sey, ist zu unterscheiden:

1) Wird ein ganzes Gericht d. h. sämmtliche Mitglieder desselben, oder doch so viele, daß ein vollständiger Senat nicht übrig bleibt (wo collegiale Berathung vorgeschrieben ist), perhorrescirt, so ist das Gesuch beim Obergericht einzureichen; dasselbe gilt bei Verbittung des Gerichtsvorstandes.

2) Werden dagegen bloß einzelne Gerichtsmitglieder, oder ein einziges ohne obige Voraussetzungen recusirt, so geht das Gesuch an den Gerichtsvorstand.

Im Falle 1 entscheidet das Obergericht, im Falle 2 der Gerichtsvorstand allein; nur dann wenn ein Gerichtsmitglied wegen einer causa turpis perhorrescirt wird, hat er vier andere Mitglieder beizuziehen; sind nicht so viele da, so entscheidet auch in diesem Fall das Obergericht. V.O. vom 15 April 1778. Gegen die Entscheidung kann, wenn sie nicht vom Oberappellationsgericht ausgegangen ist, Beschwerde beim nächst höheren Gericht geführt werden. V.O. vom 1 Sept. 1804. Auch der entfernte Richter kann sich beschweren. Plen. Beschl. des O.A.G. vom 16 April 1845. Wird

ein ganzes Gericht mit Erfolg verbeten, so hat das Obergericht ein anderes zu delegiren; wenn ein einzelnes Gerichtsmitglied, so hat der Gerichtsvorstand ein anderes zu committiren. In allen Fällen muß die Gegenpartei mit ihren Erinnerungen über das Perhorrescenzgesuch vernommen werden, da die Entziehung des ordentlichen Richters für sie nicht gleichgültig ist.

Uebrigens ist der Richter, welcher sich bei einer Sache betheiligt weiß, verpflichtet dieß anzuzeigen, wenn er auch nicht perhorrescirt wird. Namentlich hebt die G.O. das Verbot hervor, daß niemand Richter in eigner Sache seyn darf, außer wenn sie ihn bloß von Amtswegen angehet; doch kann er auch hier suspect seyn, wenn ihm ein Regreßanspruch droht. Nach der V.U. Beil. VI §. 62 dürfen Patrimonialgerichte erster Classe keine Rechtssachen verhandeln und entscheiden, bei welchen der Gerichtsinhaber betheiligt ist, vielmehr gehören solche ausschließend zu den k. Landgerichten.

§. 21.

Wie, wo und wann die Gerichte zu halten.

Martin, §. 118.

Nach Nov. vom 22 Jul. 1819 §. 2 sollen die Untergerichte für die Verhandlung der Rechtssachen gewisse Tage in der Woche ein für allemal bestimmen, welche zur allgemeinen Kenntniß der Gerichtsunterthanen zu bringen sind.

Hieher gehört auch die Bestimmung der V. U. Beil. VI §. 44, wonach ein Patrimonialrichter nicht über 4 Stunden ($5^1/_3$ Stunden geometrisch) vom entlegensten Gerichtshintersassen entfernt wohnen darf, und der Sitz des Amtes an einem ein für allemal bestimmten Orte seyn soll.

§. 22.

Wie die Gerichtsbarkeit erlangt werde und wiederum erlösche.

Martin, §. 41. Bayer, S. 92.

Heutzutage gibt es keine von Eigenthums- und Gerechtigkeits- (d. i. Gerechtsame) wegen exercirte Gerichtsbarkeit mehr, sondern alle Jurisdiction geht vom Staatsoberhaupt aus; auch die gutsherrliche kann bloß insofern ausgeübt werden, als der König sie anerkannt und die Bestellung der Gerichte genehmigt hat. Es handelt hierüber V. U. Beil. VI, Abschn. II, dessen Erläuterung zum bayerischen Staatsrecht gehört.

Zweites Capitel.

Von den gerichtlichen Haupt- und Nebenpersonen.

§. 1.

Bestellung der kurfürstlichen und anderer Gerichte.

Martin, §. 40, 42. Bayer, S. 89, 102.

Die Verfassungsurkunde bestimmt in Tit. VIII §. 1: die Gerichtsbarkeit geht vom Könige aus. Sie wird unter seiner Oberaufsicht durch eine geeignete Zahl von Aemtern und Obergerichten in einer gesetzlich bestimmten Instanzenordnung verwaltet.

Nach der gegenwärtigen Gerichtsverfassung giebt es drei Instanzen:

1) ein Oberappellationsgericht zu München mit collegialer Verfassung, wobei zur Bildung eines Senates außer dem Vorstand sechs Räthe erforderlich sind, org. Edict vom 24 Jul. 1808, die Gerichtsverf. betr. §. 42;

2) acht Appellationsgerichte und eine standesherrliche Justizkanzlei, bei welchen ein Senat aus einem Vorstand und vier Räthen besteht, ib. §. 27;

3) Kreis- und Stadtgerichte, Landgerichte, Herrschaftsgerichte und Patrimonialgerichte erster Classe. Bei den beiden letzten ist die Verfassung nicht collegial; bei den Landgerichten ist sie es nur dann, wenn das betreffende Landgericht aus wenigstens drei Richterpersonen besteht, von welchen keine in concreto verhindert ist; bei den Stadtgerichten

ist sie immer collegial, ib. §. 13, 14 Nov. vom 11 Jan. 1814. Dabei genügen zur Bildung eines Senats zwei Räthe und ein Vorstand. Collegiale Berathung findet übrigens nicht statt bei bloßen Proceßinstructionen (vgl. V. D. vom 10 Sept. 1816) und beim Verfahren im mündlichen Verhör; alle auf erstere bezüglichen Decrete unterliegen der Revision des Gerichtsvorstandes, welcher auch die Ausfertigung allein unterzeichnet, für letzteres wird ein mit dem Richteramt bekleidetes Mitglied des Gerichts committirt. Nov. vom 17 Nov. 1837 §. 9 fg.

Die Ernennung der unmittelbaren Richterbeamten steht dem Könige zu; es dürfen nur Personen dazu verwendet werden, welche (abgesehen von den übrigen allgemeinen Erfordernissen zur Bekleidung eines Richteramtes, bezüglich welcher das bayer. Recht ganz mit dem gemeinen übereinstimmt) sämmtliche gesetzliche Vorbedingungen für den Staatsdienst erfüllt, namentlich die vorgeschriebenen Studien vollendet und die Prüfungen bestanden haben, und nicht wegen eines Verbrechens verurtheilt wurden. Mitglieder der Justizkanzleien werden vom Standesherrn ernannt, bedürfen aber der königlichen Bestätigung durch das Justizministerium; Herrschaftsrichter und Patrimonialrichter erster Classe erhalten die Bestätigung durch die Kreisregierungen und Appellationsgerichte, ausgenommen die Herrschaftsrichter der Standesherren, welche keiner Bestätigung bedürfen, jedoch, wie überhaupt alle genannten, im allgemeinen ebenso befähigt seyn müssen wie unmittelbare Staatsdiener. Die erste Anstellung sämmtlicher Richteramtsfunctionen versehenden Staatsdiener ist sofort definitiv, sie können Amt und Gehalt nur durch Richterspruch verlieren. V. U. Beil. IX §. 4.

Functionäre, Rechtspraktikanten, Stadtgerichts- und Appellationsgerichtsaccessisten dürfen nur zu solchen Geschäften verwendet werden, wobei kein richterlicher Bescheid zu erlassen

ist, z. B. Zeugenverhöre (doch muß auch hier der Beeidigungsact von einer Richterperson vorgenommen werden), Commissionen u. s. w., sodann zu Relationen aus geschlossenen Acten, wobei ihnen jedoch ein Gerichtsmitglied als Correferent beizugeben oder wenigstens der Actenauszug genau zu controliren ist. In Gerichtssitzungen haben sie bloß berathende Stimme. V. O. vom 2 April und 29 Sept. 1812. Bei mündlichen Verhörssachen ist ihre Thätigkeit durch Nov. vom 17 Nov. 1837 §. 9 ganz ausgeschlossen.

§. 2.

Richters Eid und Amt.

Martin, §. 63, 64. Bayer, S. 162.

An die Stelle der in gegenwärtigem Paragraph vorgeschriebenen Eidesformel ist für Collegialmitglieder durch die Hofrathsordnung vom 16 Aug. 1779 eine neue getreten, dagegen ist die weitere Bestimmung der letzteren, daß der Richter vor dem Schwur das katholische Glaubensbekenntniß abzulegen habe, weggefallen. Von einem unbeeidigten Richter vorgenommene Verhandlungen und Entscheidungen sind unheilbar nichtig.

Ein Richter darf neben seinem Richteramte kein Privatgeschäft, keine Vormundschaft, Testamentsexecution u. s. w. nicht einmal bei Verwandten übernehmen, sofern er nicht höhere Erlaubniß hiezu erwirkt. V.O. vom 31 Aug. 1812. Ein Herrschafts- oder Patrimonialrichter darf nicht zugleich Advocat seyn. V. U. Beil. VI. §. 49.

§. 3.

Gerichtsschreibers oder Actuarii Pflicht und Amt.

Martin, §. 65. Bayer, S. 169.

Bei allen Geschäften der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit ist heutzutage die Zuziehung eines verpflichteten

Actuars nothwendig. Zwar konnte derselbe nach der Gerichtsordnung durch zwei Gerichtsbeisitzer ersetzt werden, was namentlich bei den gutsherrlichen Gerichten gebräuchlich war, allein dieß ist durch V. U. Beil. VI. §. 42 aufgehoben, wonach bei Patrimonialgerichten die Stelle des Actuars nur durch einen mittelst Handgelübdes verpflichteten Schreiber ersetzt werden kann.

Die Geschäfte eines Actuars werden bei den Obergerichten von Secretären und Registratoren, bei den Kreis- und Stadtgerichten von Protokollisten, Registratoren, verpflichteten Schreibern und zum Theil von Accessisten, bei den Landgerichten von verpflichteten Schreibern und Rechtspraktikanten besorgt.

Die Landgerichtsactuare sind Richterbeamte, welche den Assessoren gleichstehen; dagegen dürfen Herrschaftsgerichtsactuare bloß zu den gewöhnlichen Actuariatsgeschäften, und wenn sie die Vorbedingungen erfüllt haben, zu denselben Functionen wie geprüfte Rechtspraktikanten, aber nicht zu Richtergeschäften verwendet werden, sie müßten denn definitiv mit wenigstens 600 fl. Gehalt angestellt seyn.

§. 4.

Von Gerichtsbeisitzern.

Martin, §. 71.

Die Gerichtsbeisitzer sind in Bayern völlig antiquirt, vergl. den vorhergehenden §. 3.

§. 5.

Von Advocaten und Gerichts-Procuratoribus.

Martin, §. 72 fg. Bayer, S. 185.

Der frühere Unterschied zwischen Advocaten und Gerichtsprocuratoren, welcher darin bestand, daß erstere bei den

Obergerichten, letztere bei den Untergerichten angestellt waren, jene studirt haben und graduirt seyn mußten, diese bloß lesen und schreiben und allenfalls für die Parteien etwas vortragen zu können brauchten, ist heutzutage weggefallen, indem es nur noch Advocaten im ersteren Sinne gibt, welche bei sämmtlichen Gerichten advocatiren dürfen, zwar nicht graduirt zu seyn brauchen, dagegen alle Requisite zur Erlangung eines Staatsdienstes erfüllt haben müssen und vom Könige ernannt werden.

Daß die Advocaten keine Staatsdiener seyen, ist in den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen (Rescr. vom 12 April 1800); ob sie zu den öffentlichen Dienern gehören, ist streitig, wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil bisher in Bayern kein fester Begriff mit jenem Ausdrucke verbunden wurde. Die Frage läßt sich deßhalb auch nicht allgemein beantworten, vielmehr ist bei jedem einzelnen Gesetze, in welchem sich jene Bezeichnung findet, auf anderem Wege zu erforschen, ob der Gesetzgeber die Advocaten darunter subsumirt wissen wollte oder nicht.

Die Zuziehung eines oder mehrerer (denn die Beschränkung sub Nr. 5 der G. O. ist dadurch weggefallen, daß die Advocaten nicht mehr auf gewisse Gerichte angewiesen sind) Advocaten ist den Parteien regelmäßig gestattet, nur bei Eidesleistungen und beim Sühneversuch in Ehestreitigkeiten findet eine Vertretung nicht statt. Auf der andern Seite ist die Beiziehung eines Anwalts auch niemanden geboten, der sich selbst vertreten kann, soferne dieß mündlich geschieht. Schriftliche Eingaben an ein Gericht dagegen dürfen bloß siegelmäßige Personen in eigenem Namen unterzeichnen (V. U. Beil. VIII. §. 14), Nichtsiegelmäßige müssen sie von einem recipirten Anwalt legalisiren lassen, doch werden hievon in der Praxis rechtskundige Personen höheren Standes in Gemäßheit eines k. Rescripts vom 20 Mai 1811 regel-

mäßig dispensirt. Das Verhältniß des Advocaten zur Partei ist auch nach bayerischem Recht ein dem Mandatsverhältnisse ähnliches, er haftet für omnis culpa, seine Zugeständnisse präjudiciren der Partei, ohne daß diese sie, wie im gemeinen Recht, binnen drei Tagen widerrufen kann. Nur wenn der Anwalt insolvent ist, wird die Partei restituirt. G. O. c. VII. §. 10 a. E.; Nov. von 1837 §. 38. Für seine Arbeiten kann der Anwalt von seiner Partei (auch wenn der Gegner zur Bezahlung der Kosten verurtheilt wurde,) Deserviten verlangen, wenn er ihr nicht vom Gerichte als Officialanwalt beigegeben wurde. Die Höhe der Deserviten ist in den verschiedenen Landestheilen verschieden, häufig wird sie nach dem Bogen berechnet, obgleich die V. O. vom 23 März 1813 Nr. 6 nicht sowohl auf die Bogenzahl, als auf die Schwierigkeit der Arbeit und die Art ihrer Ausführung Rücksicht zu nehmen gebietet. Uebrigens kann die Partei auch mit dem Anwalt auf ein bestimmtes ständiges Salarium übereinkommen, nur die Annahme einer quota litis ist überhaupt und die eines palmarium (wäre es auch nur das Versprechen) wenigstens vor dem Ausgang des Processes verboten. Während des Processes kann der Anwalt von seiner Partei Geldvorschüsse für Deserviten und Auslagen verlangen, soll jedoch dem Gericht sofort den erhaltenen Betrag anzeigen. Ueberspannte Deserviten hat das Gericht zu ermäßigen, ohne dabei an eine bestimmte Summe gebunden zu seyn.

Außer der privatrechtlichen Haftbarkeit den Parteien gegenüber steht der Advocat überdieß unter der Disciplinaraufsicht der Gerichte. Er darf sich nicht über drei Tage von seinem Wohnorte entfernen, ohne dieß dem Gerichte anzuzeigen, darf niemanden seinen Rechtsbeistand ohne Ursache verweigern, muß die ihm übertragenen Armensachen (cap. III. §. 8) gewissenhaft führen (wenn er nicht schwört,

daß er sie für ungerecht halte), darf keine übernommene Sache ohne erheblichen Grund vor deren völliger Beendigung mehr ablehnen, muß sich aller Benachtheiligung seiner eigenen Partei durch Nachlässigkeit, der fremden durch Chikane enthalten, gegen diese sowohl als gegen das Gericht eine geziemende Schreibart beobachten, und darf gegen die vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht verstoßen.

Die Disciplinarstrafen bestehen in Verweis, Streichung oder Herabsetzung des Deservits (nicht mit der obigen Ermäßigung überspannter Deserviten zu verwechseln), Geldstrafen nicht über 100 Gulden, Arrest nicht über 4 Wochen, Suspension nicht über ein Jahr. Competent sind die Untergerichte für Verweis, Geldstrafe und Deservitenabstrich bis 25 fl., bei höheren Strafen hat das Obergericht zu entscheiden. Das Verfahren ist summarisch, bei Verweis, Geldstrafe oder Deservitenabstrich (zur Strafe) unter 10 fl. bedarf es, wenn der Beweis in den Acten liegt, keiner Vernehmung des Anwaltes, wohl aber bei höheren Strafen. In allen Fällen ist Recurs an den Oberrichter gestattet (Nov. vom 22 Jul. 1819, §. 21), welcher binnen drei Tagen anzumelden, binnen 14 Tagen auszuführen ist.

Das Verbrechen der Prävarication wird in Thl. I Art. 296 des Str. G. B., und das Vergehen der Untreue in Art. 400, jenes allemal, dieses nach Umständen mit Verlust der Praxis bedroht; die Erläuterung des Begriffs und Thatbestands gehört ins Strafrecht. Der Verlust der Praxis ist übrigens auch Folge jeder Verurtheilung in eine Verbrechensstrafe, doch wird sie durch Einleitung einer Specialuntersuchung nicht suspendirt.

Vergl. übrigens die alleg. V. O. vom 23 März 1813, die Disciplinarvorschriften für die Advocaten des Königreichs betreffend.

§. 6.

Von Notariis.

Martin, §. 79. Bayer, S. 219.

Das Geschäft der Notare ist heutzutage den Untergerichten zugewiesen, es bestehen bloß noch Wechselnotare für Wechselpräsentationen und Protesterhebungen, welche vom Könige ernannt werden.

§. 7.

Von comitibus palatinis.

Das Institut der Pfalzgrafen ist antiquirt.

§. 8.

Von gemeinen Stuhlschreibern, Winkelagenten und sogenannten Bauernkönigen.

Winkelagent ist nicht derjenige, welcher für eine ihm befreundete Partei bei Gericht auftritt (vergl. cap. VII. §. 4), oder eine Schrift für sie verfaßt, selbst wenn er für seine Mühe Lohn empfinge, sondern das Hauptmerkmal des Winkelagenten liegt darin, daß er Personen, zu welchen er in keinem Verhältniß steht, unbefugter Weise anwaltschaftliche Dienste leistet, einerlei ob es heimlich oder offen geschehe, ob gewerbmäßig oder nicht, gegen Lohn oder aus Liebhaberei, ob die von ihm verfaßten Schriften von einem Advocaten legalisirt sind oder nicht. Die Strafe besteht in Geld-, in Wiederholungsfällen Arreststrafe, auch soll der Name des Winkelagenten öffentlich bekannt gemacht werden. V.O. vom 13 Aug. 1804. Vergl. übrigens u. cap. VII. §. 4.

§. 9.

Von Frohnboten und Gerichtsdienern.

Martin, §. 71.

Die Gerichtsdiener sind öffentliche Diener, welche vom Könige ernannt werden, und namentlich die Zustellung der richterlichen Verfügungen und Ladung der Parteien zu besorgen haben.

§. 10.

Von Abwesenheit der Beamten und ihrer Vertretung.

Wer ein abwesendes Gerichtsmitglied zu vertreten habe, hat der Gerichtsvorstand zu bestimmen, den Vorstand selbst hat immer der nächste im Range zu vertreten.

Drittes Capitel.

Von dem Gerichtsproceſſe.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Proceſſe ſeyen.

Martin, §. 139, 140, 7 fg. Bayer, S. 230, 6.

I. Die Gerichtsordnung kennt drei Arten des Verfahrens, das *ordinarium*, das *summarium* und *summariissimum*.

1) Das ordinarium iſt der alte durch die Gerichtsordnung von 1520 eingeführte Proceß, welcher in ſogenannten Audienzen mündlich und artikelweiſe verhandelt wurde. Er war ſchon zur Zeit der Gerichtsordnung außer Gebrauch, in dieſe wurde er bloß deßhalb aufgenommen, weil man, wie Kreittmayr in den Anmerkungen ſich ausdrückt, der zuverſichtlichen Hoffnung war, daß derſelbe nunmehr von ſelbſt, und zwar wie Auguſtinus von dem alten Teſtament ſagt, cum honore exſpiriren werde.

2) Das summarium war das im Jahre 1616 eingeführte Verfahren mit Schriftenwechſel, welches ſo ziemlich dasſelbe war, wie der ordentliche Proceß des gemeinen Rechts (wie derſelbe ſich ſpäter durch den J. R. A. geſtaltete). Summarium wurde er bloß deßhalb genannt, weil Bayern, ehe es Kurfürſtenthum wurde, nur ein privilegium limitatum de non appellando hatte; von Streitſachen, die in ordinario verhandelt waren, konnte an die Reichsgerichte

appellirt werden, aber nicht von solchen, die in summario verhandelt waren. Dagegen konnten letztere nun noch einmal in ordinario durchgekämpft werden, bis durch ein Generalmandat vom 5 Mai 1750 dieß aufgehoben und den Parteien nur die Wahl gelassen wurde, ob sie in ordinario oder summario ihre Sache durchführen wollten. Das ordinarium schaffte man, auch nachdem Bayern das privilegium illimitatum de non appellando erhalten hatte, nicht ab, weil es, wie gesagt, ohnedieß nicht mehr gebräuchlich war.

3) Das summariissimum war das summarium des gemeinen Rechts; das Verfahren geschah in via commissionali, d. h. es wurde mündlich zu Protokoll verhandelt. Der Unterschied zwischen bestimmtem und unbestimmtem summarischen Proceß, wie ihn die gemeinrechtliche Doctrin aufstellt, ist der Gerichtsordnung fremd; zwar behandelt sie neben dem summariissimum kurz den Executivproceß, dagegen spricht sie weder von einem eignen Mandats- noch Arrestproceß, sondern handelt von Mandaten als einer Art Citation, vom Arrest als Grund eines eignen Gerichtsstandes und als Sicherungsmittel der Execution. Allein daraus darf man nicht schließen, daß es nach bayerischem Recht gar keinen Mandats- oder Arrestproceß gebe, denn wenn auch Gegenstände, die sich dazu eignen, so lange die Natur der Sache keine Ausnahme gebietet, nach den allgemeinen Regeln über das summarische, ja bei bedingten Mandaten selbst über das ordentliche Verfahren zu behandeln sind, so bewirken denn doch die Modificationen, welche in der Natur der Sache liegen, ein Verfahren, welches sich von dem gemeinrechtlichen Mandats- resp. Arrestproceß nicht unterscheidet.

II. Das System der Gerichtsordnung ist durch die beiden Novellen von 1819 und 1837 abgeändert worden, und es ist nun zu unterscheiden:

1) Verfahren bei den Untergerichten. Das ordentliche Verfahren ist hier das protokollarisch schlüssige, wobei die Sache mündlich und kurz zu Protokoll instruirt wird. Daneben gibt es ein langsameres Verfahren mit Schriftenwechsel und ein schleunigeres, das Verfahren im mündlichen Verhör. Letzteres tritt in den nach dem Gesetz zur summarischen Verhandlung geeigneten Fällen ein, ersteres in den übrigen Fällen dann, wenn es beide Parteien ausdrücklich verlangen, oder wenn der Richter wegen Wichtigkeit oder besonderer Umstände es anordnet. Beide letztere Verhandlungsarten bilden das außerordentliche Verfahren. An den (gemeinrechtlich) sog. bestimmt summarischen Proceßarten (s. o. I, 3) ist durch die angeführten Novellen nichts geändert worden, als daß an die Stelle der summarischen Verhandlung der G. O. das Verfahren im mündlichen Verhör, an die des ordentlichen Verfahrens (so weit dieses dabei eintritt), das protokollarisch schlüssige gekommen ist, die besondern Eigenthümlichkeiten dagegen sind stehen geblieben. Nov. von 1837 §. 16.

2) Bei den Obergerichten bildet der Schriftenwechsel das ordentliche Verfahren, einerlei ob sie in der Sache die erste oder zweite Instanz bilden. Nur dann tritt (bei Obergerichten als erster Instanz) das protokollarische Verfahren ein, wenn beide Theile selbst darauf antragen, oder wenn es sich um ein geringfügiges Streitobject handelt. V. O. vom 16 Aug. 1779.

III. Die Hauptprincipien, welche dem gemeinen Processe zu Grunde liegen: Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime, Nothwendigkeit des rechtlichen Gehörs, Schriftlichkeit des Verfahrens, bilden auch die Basis des bayerischen Processes und zwar sowohl der sub I angegebenen Verhandlungsarten der Gerichtsordnung, wie der sub II angeführten der beiden Novellen. Obgleich we-

der letztere, noch die G. O. eine allgemeine Bestimmung über die beiden erstgenannten Principien enthalten, so folgen sie doch aus dem ganzen Geist des bayerischen Processes, auch finden sich einzelne specielle Anwendungen.

1) Nach der Verhandlungsmaxime darf der Richter nicht von Amtswegen einen Civilproceß einleiten oder einen eingeleiteten fortsetzen, er darf während des Laufes einer Streitsache keiner Partei Hülfsmittel für den Angriff oder die Vertheidigung suppeditiren, er darf endlich nie bei einer Verfügung oder Entscheidung über die Anträge der Parteien hinausgehen. Durch dieses Princip sinkt jedoch der Richter keineswegs zu einer bloßen von den Parteien in Gang gesetzten Maschine herab, mit ihr vereinigt sich recht wohl das Amt der richterlichen Leitung und Entscheidung des Processes. Es ist daher keine Ausnahme von der Verhandlungsmaxime, sondern nur eine Folge jenes Amtes, daß der Richter Anträge, welche sich zur gerichtlichen Behandlung entweder überhaupt nicht eignen, z. B. eine inepte Klage, oder wenigstens vor ihm nicht eignen, z. B. wegen Incompetenz, von Amtswegen zurückweist, daß er keinem Conventionalprocesse Raum gibt, daß er ex officio für die Ergänzung solcher Mängel sorgt, deren Außerachtlassung unheilbare Nichtigkeit zur Folge hätte, daß ihm endlich die Parteien ihrerseits auch nicht die Rechtsnormen zu suppeditiren brauchen, sondern daß er diese selbst kennt und anwendet. Dagegen gibt es wirkliche, theils zugleich im gemeinen, theils bloß im bayerischen Recht begründete Ausnahmen von jenem Principe:

a) In gewissen Fällen darf der Richter von Amtswegen einen Civilproceß einleiten, nämlich dann, wenn es im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit liegt, z. B. G. O. cap. III. §. 5. Nr. 5.

b) Er soll Personen, welche bei einem Streite interes-

sirt sind, von demselben benachrichtigen, damit sie ihre Rechte wahren können. G. O. cap. VIII. §. 4 Nr. 5.

c) Zur Fortsetzung des Processes bedarf es nicht immer einer ausdrücklichen Aufforderung, sondern es genügt häufig eine durch die Parteien gegebene Veranlassung. So gibt der Richter die Exceptionsschrift dem Kläger zum Repliciren, auch wenn nicht ausdrücklich hierauf angetragen wurde; er fällt nach geschlossenem Verfahren das Urtheil, auch wenn die Parteien nicht ausdrücklich zum Spruch submittirt haben; er vernimmt die Zeugen, auch wenn sie ohne ausdrückliche Bitte um Vernehmung benannt wurden; ja nach Nov. von 1837 §. 29 spricht er selbst die Folge des Ungehorsams aus, wenn eine Partei mit einer Handlung zu spät einkommt, ohne daß es einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf.

d) Schon die Gerichtsordnung erlaubt in cap. X. §. 15 Nr. 7 den Obergerichten, zur Erforschung der gründlichen Wahrheit vor und nach dem Beschlusse der Sache von Amtswegen Fragestücke zu stellen. Nach Nov. von 1819 §. 3 soll sich auch der Unterrichter bei rechtsunkundigen Personen, welche ohne Rechtsbeistand auftreten, bestreben, die Streitpunkte richtig zu stellen, und dasjenige gebührend aufzuklären, was zur Entscheidung des Streites erfordert wird, — eine Aufgabe, welche in der Regel ebenfalls bloß durch Fragen gelöst werden kann. Endlich ist durch Nov. von 1837 §. 9 beim Verfahren im mündlichen Verhör ausdrücklich vorgeschrieben, der Richter solle die Parteien sich über das Streitverhältniß vollständig erklären lassen, und ihre Erklärungen durch Stellung angemessener Fragen erläutern, berichtigen und vervollständigen.

e) Nach G. O. cap. VI. §. 9 muß der Richter Einreden ex officio suppliren, welche sich aus den Acten ergeben und keines weitern Beweises bedürfen, selbst wenn sie

der Beklagte nicht vorschützte, nur darf er nicht über das petitum desselben hinausgehen.

f) Nach cap. IV. §. 7. Nr. 6 soll der Richter wegen der Kosten, Schäden, (Verzugs-) Zinsen und Früchte auch dann erkennen, wenn im petitum davon abstrahirt wurde.

2) Nach der Eventualmaxime müssen alle Proceßhandlungen, welche einen gemeinsamen nächsten Zweck haben, auf einmal vorgenommen werden, obgleich vielleicht der Zweck schon durch eine derselben erreicht wird. Die Gerichtsordnung und die neueren Gesetze enthalten über diese Maxime ebensowenig eine allgemeine Bestimmung, als über die vorige, allein specielle Anwendungen finden sich, z. B. bei den Exceptionen G. O. cap. VI. §. 2, Nov. von 1837 §. 24 fg., bei den Repliken G. O. cap. VI. §. 12, bei den Beweismitteln Nov. von 1819 §. 12, Nov. von 1837 §. 41 u. s. w.

Nur beim Verfahren im mündlichen Verhör ist die Eventualmaxime unanwendbar, weil die Parteien nicht in streng abgeschlossenen Wechselsätzen vortragen, sondern der Richter durch Fragen, welche er, ohne an eine bestimmte Ordnung gebunden zu seyn, an beide Parteien stellt, das Streitverhältniß zu eruiren hat. Doch gilt dieß bloß vom ersten Verfahren bis zum Urtheil, beim Beweisverfahren dagegen findet die Eventualmaxime auch im mündlichen Verhöre Anwendung.

3) Die Nothwendigkeit des rechtlichen Gehörs ist ausgesprochen in G. O. cap. VI. §. 1, cap. XVI. §. 2, und dabei an die Außerachtlassung die Folge der Nichtigkeit geknüpft.

4) Auch die Schriftlichkeit des Verfahrens ist nach cap. IV. §. 10 und 15, cap. XIV. §. 7 Nr. 1 ein wesentliches Erforderniß. Selbst beim Verfahren im mündlichen Verhör bilden nicht die mündlichen Aeußerungen der Parteien, sondern die schriftliche Aufzeichnung des Sachverhaltes

die Grundlage der Entscheidung. Nov. von 1837 §. 9, 11. Dasselbe gilt natürlich vom protokollarisch schlüssigen Verfahren.

§. 2.

Wann und wie der ordinarius vorzüglich Platz greife.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen sind nach dem oben Gesagten antiquirt.

§. 3.

Von dem processu summariissimo et executivo.

Martin, §. 236 fg., 250 fg. Bayer summ. Proc., §. 1 fg., 48 fg., 40 fg.

I. Das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre.

An die Stelle des in der Gerichtsordnung Nr. 1—4 vorgeschriebenen Verfahrens ist nunmehr seit der Novelle vom 17 Nov. 1837 das Verfahren im mündlichen Verhör getreten. Es gehören dazu

1) Klagen, welche in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth nicht über 100 fl., ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten, Schäden und Nutzungen betreffen, einerlei übrigens, ob sie dinglich oder persönlich, auf eine bewegliche oder unbewegliche Sache gehen. Rechte und Gerechtigkeiten eignen sich nicht dazu, folglich keine actio confessoria und negatoria, ebensowenig ungewisse oder unschätzbare Ansprüche; Renten nur dann, wenn sie nicht über 100 fl. betragen, und wenn nicht zugleich das Hauptrecht bestritten ist.

2) Streitigkeiten zwischen Eheleuten, sofern es sich dabei nicht von Trennung der Ehe oder von Vermögensrechten im Betrag von mehr als 100 fl. handelt.

3) Streitigkeiten zwischen Familiengliedern, zwischen

Hausgenossen, zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrjungen, zwischen Dienstherren und Dienstboten, zwischen Gewerbsunternehmern und ihren Arbeitern, bei allen diesen hinsichtlich ihres gegenseitigen häuslichen, dienstlichen oder gewerblichen Verhältnisses. Hieher gehören also nicht z. B. Klagen auf Vermögenstheilung, Entschädigung u. s. w., auch muß das Verhältniß bei Anstellung der Klage noch bestehen.

4) Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungen in Betreff des Miethverhältnisses, so lange solches wirklich noch besteht, dann Streitigkeiten über Forderungen aus einem bereits aufgelösten Miethverhältnisse, insofern dieselben sich nicht weiter als auf das zuletzt verflossene Miethjahr zurückbeziehen.

5) Streitigkeiten der Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern und Flößern oder Handwerkern über Zechen, Fuhrlöhne oder Handwerksconten, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind; also nicht die actio de recepto.

6) Streitigkeiten über Gegenstände des Handels und Wandels auf Messen und Märkten, soferne sie nicht den bestehenden oder noch zu errichtenden Handels- oder Meßgerichten zugewiesen sind. Dabei wird vorausgesetzt daß solche Streitigkeiten noch während der Dauer der Messe oder des Marktes angebracht worden seyen, und zwar bei dem Gerichte des Ortes, wo der Markt gehalten wird. Ob dasselbe competent sey, ist nach den allgemeinen Regeln über die Competenz zu beurtheilen.

7) Streitigkeiten wegen Beschädigung von Bäumen, an Gärten- und Feldfrüchten, an Weinstöcken und Einfriedungen, an Wasserleitungen, Abflüssen, Wässerungsanlagen, Pfaden und Stegen, wegen veränderter Gränze durch Verrückung von Gränzzeichen, Beschädigung durch Ueberackern, Ueberfahren, Viehweiden, Grasen, Mähen, Ernten, Ein-

herbsten, sofern die Beschädigung nicht schon vor Ablauf eines Jahres, von Anstellung der Klage zurück, geschehen ist. Diese Klagen dürfen sich jedoch nicht auf das Recht selbst beziehen, sonst würden sie sich gemäß Nr. 1 nicht zum mündlichen Verhör eignen.

8) Klagen wegen offenbar kundiger Frevel, Vergewaltigungen und Attentate, Klagen welche den jüngsten Besitz betreffen, Alimentationssachen (sofern es sich bloß um gegenwärtige oder künftige Alimente handelt, deren der Kläger dringend bedarf), Klagen auf Abstellung der Selbsthülfe und andere ohne Gefahr nicht leicht verschiebliche Sachen. Es gehören namentlich hieher Provisionalverfügungen, d. h. solche richterliche Verfügungen, welche erlassen werden, ehe noch die Sache hinreichend vorbereitet ist. Sie finden bloß dann statt, wenn es sich um die Abwehr eines bedeutenderen Nachtheils handelt, welcher eintreten würde, soferne bis zum Schlusse der ganzen Streitsache zugewartet werden müßte, einerlei ob letztere schon anhängig ist oder nicht. In solchen Fällen kann die bedrohte Partei um Erlassung einer interimistischen Verfügung bitten, muß jedoch die Gefahr und nach Umständen ihren Anspruch bescheinigen. Dem Imploraten darf durch die Gewährung des Gesuchs kein größerer Nachtheil zugehen, als dem Imploranten ohne sie, auch ist die richterliche Verfügung in der Art zu treffen, daß dadurch das Princip: pendente lite nihil innovetur so wenig als möglich verletzt werde. Remonstrirt der Implorat, so wird die Sache im mündlichen Verhör verhandelt; die Appellation hat keinen Suspensiveffect. Uebrigens erzeugt das Provisorium nie ein Präjudiz.

9) Ehrenbeleidigungen, insofern nur auf Ehrenerklärung geklagt wird.

Bei den Gegenständen Nr. 3 — 8 kommt es auf den Werth des Streitobjects nicht an.

In allen aufgeführten Fällen bleibt die Zuständigkeit der Polizeibehörden nach den bestehenden Verordnungen aufrecht erhalten, sie verhandeln aber ebenfalls nach den Vorschriften der Novelle von 1837, s. o. cap. I. §. 13, II, b und die Schlußbemerkung nach Nr. 9 ib.

Die genannten Streitsachen müssen im mündlichen Verhör verhandelt werden, andere können es nur dann, wenn beide Parteien es wünschen. Namentlich eignen sich Incidentsachen nicht schon als solche zum mündlichen Verhör, sondern nur wenn sie unter eine der angegebenen neun Nummern fallen, außerdem sind sie im protokollarisch schlüssigen Verfahren, jedoch mit abgekürzten Terminen (G. O. cap. VI. §. 16 Nr. 1) zu verhandeln. Bei Incidentpunkten richtet sich das Verfahren nach dem der Hauptsache.

Klagenhäufung ist nur dann zulässig, wenn die mehreren Klagen unter dieselbe Nummer (1 — 9) gehören, eine Widerklage bloß dann, wenn sie sich, abgesehen von den übrigen Voraussetzungen (cap. VIII. §. 1) ebenfalls ihrer Natur nach oder durch Uebereinstimmung der Parteien zum mündlichen Verhör eignet; außerdem wird sie getrennt verhandelt (doch bei demselben Gerichte).

Das Verfahren selbst ist mehr ein conciliatorisches, als ein processualisches. Kläger kann die Klage schriftlich einreichen, oder mündlich und kurz zu Protokoll anmelden; in beiden Fällen wird naher Termin (höchstens auf 14 Tage hinaus) zur Verhandlung anberaumt, auf welchen beide Parteien bei Vermeidung der Verurtheilung in die Kosten und Kläger überdieß unter dem Präjudiz, daß bei seinem Nichterscheinen die Sache als beruhend erklärt würde, vorgeladen werden. Meldet letzterer die Klage bereits zum zweitenmal an, so wird er unter dem Präjudiz der Annahme der Klagentsagung, der Beklagte dagegen, der das erstemal nicht erschien, unter dem Präjudiz des Ausschlusses mit seinen Ein-

reden und der Annahme der negativen, oder wenn die Klage durch Urkunden liquid ist, der affirmativen Litiscontestation vorgeladen.

Erscheinen beide Parteien (mit, durch oder ohne Advocaten), so haben sie sich über das streitige Verhältniß zu erklären, wobei der Richter die zur Erläuterung und Vervollständigung dienlichen Fragen stellt, und am Ende die Beilegung des Streites durch Vergleich versucht. Gelingt ihm dieß nicht, so bringt er das Ergebniß der gegenseitigen Erklärungen nach ihrem wesentlichen Inhalt, nämlich das Sachverhältniß, die Streitpunkte und die Anträge der Parteien zu Protokoll, und fällt sofort das Erkenntniß, welches er mit kurzen Entscheidungsgründen den Parteien publicirt. Nur aus besondern Gründen kann die Erlassung des Erkenntnisses um 8 Tage, bei schwierigen Sachen um 14 Tage verschoben werden, in welch letzterem Falle bei Collegialgerichten die Sache collegial zu berathen ist. Zeigen sich während der Verhandlung Mängel an der Fähigkeit der Parteien, vor Gericht aufzutreten, an der Legitimation und dgl., so hat der Richter die Ergänzung derselben sogleich anzuordnen, und entweder mit Vorbehalt der nachträglichen Erfüllung seines Auftrags (wenn solche sehr wahrscheinlich zu erwarten ist,) schließlich zu verhandeln, oder neuen Termin zur Ersetzung und zur Verhandlung anzuberaumen.

Wird auf Beweis erkannt, so ist zur Antretung desselben eine Frist von 8, höchstens 14 Tagen vorzustecken; doch kann ihn der Beweispflichtige auch sofort im Verhandlungstermine (wenn Beweispflicht und Thema klar, auch ohne ein Interlocut abzuwarten,) antreten, und wenn er seine Beweismittel mitgebracht hat, wird sogleich mit Aufnahme derselben verfahren; dasselbe gilt vom Gegenbeweise. Die Beweisinstruction geschieht summarisch mit Hinweglassung von Beweisartikeln und Deductionen. Bei Streitsachen von

einem Betrage unter 50 fl. in der Hauptsache werden die Zeugen bloß verhandgelübdet; auch macht in solchen Fällen unter Umständen ein einziger Zeuge vollen Beweis, dann muß er jedoch beeidigt seyn. Nach vollendeter Beweisinstruction ist abermals der Vergleich zu versuchen, mißlingt er, sofort das Urtheil zu fällen. Ueber die Appellation in mündlichen Verhörssachen s. u. cap. XV. Zur Leitung des mündlichen Verhörs können bei Vermeidung der Nichtigkeit nur wirkliche mit dem Richteramt bekleidete Staatsdiener verwendet werden.

II. Der Executivproceß.

Der bayerische Executivproceß stimmt im Wesentlichen mit dem des gemeinen Rechts überein, er beruht ebenfalls auf dem Grundgedanken, daß es bei Forderungen, über welche klare Urkunden vorliegen, keines eigentlichen Processes bedürfe, sondern daß, soferne nur die Aechtheit der Urkunden hergestellt, und der Ungrund der Forderung nicht sofort ebenfalls durch Urkunden dargethan werden kann, gleich zur Execution zu schreiten sey.

Der Executivproceß findet bei „Schuldforderungen" statt d. s. alle persönlichen Forderungen aus einem einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäfte; Forderungen aus einem Delicte gehören wohl nicht dazu, und in keinem Fall findet er bei dinglichen, possessorischen und Präjudicialklagen statt. Die wesentlichen Voraussetzungen der Klage müssen verbrieft, d. h. durch fehlerfreie öffentliche (denn die G. O. läßt bei solchen den unbedingten Mandatsproceß nicht zu,) oder Privaturkunden: Schuldscheine, Briefe u. s. w. liquid seyn. Namentlich muß aus den Urkunden das quantum und quale oder der Gegenstand und Grund der Forderung nebst der Person des Gläubigers und Schuldners klar erhellen; ist Kündigungsfrist bestimmt, so muß auch die rechtzeitig geschehene Kündigung durch Urkunden nachgewiesen werden, deßgl. die legitimatio ad causam, wenn nicht der ursprüng-

lich Berechtigte klagt, oder nicht gegen den ursprünglich Verpflichteten geklagt wird.

Was das Verfahren betrifft, so ist das petitum der Klage, welcher die Urkunden in Abschrift beizulegen sind, auf Einleitung des Executivprocesses und auf Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung resp. Leistung bei Vermeidung der Execution zu richten. Stellt sich aus der Klage der Ungrund der Forderung sofort heraus, so wird sie definitiv, eignet sie sich bloß nicht zur Verhandlung im Executivproceß, angebrachtermaßen abgewiesen, die Einleitung des ordentlichen Verfahrens, soferne Kläger nicht wenigstens eventuell darum gebeten, widerspräche der Verhandlungsmaxime. Findet dagegen der Richter den Executivproceß zulässig, so beraumt er Termin an zur Inspection bei öffentlichen, zur Recognition bei Privaturkunden, wozu Kläger unter dem Präjudiz des Verzichts auf den Executivproceß (die Anwendung des in G. O. cap. XI. §. 5 Nr. 4 gedrohten Präjudizes der Verwerfung der Urkunden ließe sich kaum rechtfertigen, denn der Grundgedanke des Executivprocesses ist ein anderer, als der einer Beweisanticipation), der Beklagte unter dem Rechtsnachtheil der Anerkennung der Urkunden und des Ausschlusses mit seinen Einreden vorgeladen wird.

Im Termin hat sich Beklagter, wenn er nicht fori- declinatorische Einreden vorbringt, über die Urkunden zu erklären. Bestreitet er ihre Aechtheit, so muß er bei Privaturkunden sogleich den Diffessionseid schwören, soferne nicht der Kläger es vorzieht, den Executivproceß fallen zu lassen, bei öffentlichen Urkunden müßte er die Unächtheit sofort durch andere Urkunden nachweisen. Bringt er Einreden vor, deren Beweis dem Kläger obliegt, so ist diesem die weitere Beibringung von Urkunden aufzutragen, z. B. bei der exc. non impleti contractus, non numeratae pecuniae (die Klage auf eine noch nicht zwei Jahre alte Urkunde ist also nicht

abzuweisen, wenn die Einrede nicht vorgebracht wird); dilatorische Einreden, welche sich auf das Wesen des Processes überhaupt, oder auf die Zulässigkeit des Executivprocesses insbesondere beziehen, sind ebenfalls unbedingt zu berücksichtigen; alle andern Einreden dagegen können bloß dann berücksichtigt werden, wenn sie durch Urkunden liquid sind, außerdem werden sie ad separatum verwiesen. Dasselbe gilt von allenfallsigen Repliken des Klägers. Widerklage ist, abgesehen von den übrigen Voraussetzungen, bloß dann zulässig, wenn sie sich ebenfalls zum Executivproceß eignet.

Dem Erkenntnisse ist, sofern es den Beklagten verurtheilt, der Auftrag, binnen gewisser Frist (Nov. von 1819 §. 30) bei Vermeidung der Execution zu bezahlen, beizufügen. Dasselbe entscheidet nur über die hinreichend instruirten Streitpunkte definitiv, nicht über illiquide oder gar nicht zur Sprache gebrachte (einerlei ob sie nicht vorgebracht wurden, oder wegen contumacia wegfielen), welche der gesonderten Klage vorbehalten bleiben. Ist dieser Vorbehalt im Erkenntniß ausdrücklich angemerkt, so kann der Beklagte vom Kläger Caution wegen der Nachklage verlangen; liegt er wenigstens stillschweigend darin, so findet gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse keine Appellation an die dritte Instanz statt. Die Nachklage gehört, wenn zwischen ihr und der im Executivprocesse entschiedenen Streitsache Connexität besteht (was jedoch nicht immer der Fall ist), vor dasselbe Gericht, wie letztere.

§. 4.

Von dem petitorio und possessorio plenario.

Martin, §. 258, 259. Bayer summ. Proc., §. 62, fg.

Der Unterschied zwischen Eigenthum und Besitz ist aus dem Civilrecht bekannt, ebenso, daß letzterer Gegenstand verschiedener Rechtsmittel seyn kann, namentlich der interdicta

adipiscendae possessionis, wenn Kläger ihn zu erlangen, recuperandae poss., wenn er den verlornen wieder zu gewinnen, retinendae poss., wenn er sich gegen Störungen im Besitz zu erhalten sucht.

Im Allgemeinen hat der Umstand, daß das Recht des Besitzes Gegenstand dieser Klagen ist, keinen Einfluß auf das Verfahren; der von der Gerichtsordnung hervorgehobene Unschied zwischen petitorium und possessorium ist daher kein eigentlich processualischer. Nur bei den interdictis retinendae poss. kommt ein solcher Unterschied vor: wenn nämlich beide Parteien behaupten, sich im Besitze einer Sache zu befinden, und hievon gewaltthätige Auftritte zu befürchten sind, so wird in einem schleunig zu verhandelnden sogen. *summariissimum* der Besitzstand vorläufig regulirt, und der Besitz dem Sieger provisorisch eingeräumt, im *ordinarium* sodann über die Frage, wer von beiden juristischer Besitzer sey, verhandelt und entschieden. Dieser Unterschied kann begreiflicher Weise nur bei den interdictis *retinendae* poss. vorkommen, weil bloß bei diesen zwei Parteien zu gleicher Zeit behaupten, im Besitz zu seyn; nichtsdestoweniger nennt die G. O. auch den Proceß über die int. *recuperandae* und *adipiscendae* poss. ordinarium (Nr. 6, 13), eine Begriffsverwirrung, die übrigens auf die Sache selbst ohne Einfluß geblieben ist.

1) Interdicta retinendae possessionis. Das possessorium ordinarium s. plenarium findet bei allen Sachen statt, ausgenommen Grunddienstbarkeiten, weil man, wie aus den Anm. zu §. 5 lit. b erhellt, den armen Bauern, den sie gewöhnlich betreffen, nicht mit zwei Processen, petitorium und possessorium, beschweren wollte; daher läßt die Praxis auch bei Prädialservituten das plenarium wenigstens in Verbindung mit dem petitorium zu.

Zweck des plenarium ist hier Schutz im Besitze, Kläger

hat deßhalb zu beweisen, daß er gegenwärtig juristischer Besitzer sey, und daß Beklagter ihn im Besitze gestört habe. Dagegen braucht er weder die Art, wie er in den Besitz gelangt sey, anzugeben, noch kommt es auf das Alter des Besitzes an; nur hat, wenn beide Theile Besitzhandlungen aus der jüngsten Zeit nachweisen, derjenige die Präsumtion besseren Besitzes für sich, welcher sie seit längerer Zeit ausübte, und die Art der Besitzerwerbung kommt gewöhnlich bei den Einreden der Vitiosität zur Sprache. Bloß in einem einzigen Fall kommt es auf ein gewisses Alter des Besitzes an: wenn nämlich jemand wegen der Gerichtsbarkeit oder wegen eines Regals gegen den Fiscus im ordinarium klagt, so muß er wenigstens zehnjährigen Besitz nachweisen. Anm. lit. c. §. 5 lit. b.

Gegen die Klage können alle Einreden, welche sich auf das Verfahren selbst beziehen, vorgeschützt werden, deßgleichen alle Einreden gegen die Beschaffenheit des Besitzes, namentlich die der vis, clandestinitas, des precarium, petitorische Einreden nur dann, wenn sie auf der Stelle liquid gemacht werden können. Dieß möchte jedoch dann eine Ausnahme erleiden, wenn Kläger seinen Besitz hauptsächlich durch die Art, wie er ihn erworben, nachweist, und Beklagter den titulus possessionis als fehlerhaft darstellt, in solchem Fall ist Beweis aufzuerlegen.

Das Verfahren ist dasselbe wie beim petitorium. Zu letzterem kann Kläger auch vor Beendigung des possessorium übergehen, nur gibt er es dadurch verloren, und muß die Kosten ersetzen; umgekehrt kann er vom petitorium zum plenarium nicht übergehen, aber verbinden kann er beide wenigstens eventuell. Derjenige, welcher im ordinarium siegt (das judicium ist duplex), kann vom Besiegten Einräumung des Besitzes (wenn dieser ihn etwa im summariissimum erlangte, oder auf fehlerhafte Weise hat), und Cau-

tion de non amplius turbando verlangen, er kann darauf antragen, daß letzterem ein peremtorischer Termin zur Anstellung der petitorischen Klage sub poena perpetui silentii vorgesteckt werde, braucht sich jedoch nicht eher auf dieselbe einzulassen, bis der Besiegte dem possessorischen Urtheil in allen Stücken nachgekommen ist, und wird, wenn er im petitorium unterliegt, zur Restitution der bis zum petitorischen Erkenntniß verfallenen Früchte, ferner der verursachten Kosten und Schäden bloß dann verurtheilt, wenn seine mala fides im petitorium offenbar entdeckt wurde. Ist die Natur der Klage oder des Erkenntnisses zweifelhaft, so wird für das petitorium vermuthet.

2) Interdicta recuperandae possessionis. Hieher gehört namentlich die Spolienklage. Ueber die Gegenstände, bei welchen sie zulässig, wie über die zulässigen Einreden gilt das oben zu Nr. 1 Gesagte. Das Verfahren ist auch hier dasselbe, wie im petitorium; nur dann wird im mündlichen Verhör verhandelt, wenn sich die Sache nach Nov. von 1837 §. 1 namentlich Nr. 8 dazu eignet, was freilich häufig der Fall seyn wird.

Durch die exceptio spolii wird die Verhandlung über connexe petitorische Klagen des Spolianten gegen den Spoliirten so lange ausgeschlossen, bis letzterer restituirt ist, nur muß er die Einrede binnen kurzer (vom Ermessen des Richters zu bestimmender) Frist nachweisen.

3) Interdicta adipiscendae possessionis. Das Verfahren bei diesen Rechtsmitteln hat nichts Eigenthümliches. Auch hier gilt in Bezug auf die Zulässigkeit petitorischer Einreden das zu Nr. 1 Gesagte.

§. 5.

Von dem possessorio momentaneo et summarissimo.

Martin, §. 259. Bayer summ. Proc., 66, 67.

Bereits im vorigen Paragraph wurde bemerkt, daß bei den remediis retinendae possessionis ein schleunigeres Verfahren vorkomme, wenn beide Parteien behaupten, sich im Besitz einer Sache zu befinden, und wenn hievon gewaltthätige Auftritte zu befürchten sind: das sog. summariissimum, welches nach Nr. 5 der G. O. h. l. in sehr dringenden Fällen selbst von Amtswegen eingeleitet werden soll.

Zweck des summariissimum ist, herzustellen, wer in dem Besitze der streitigen Sache so lange zu schützen sey, bis das ordinarium oder das petitorium durchgestritten ist. Geschützt wird aber nach der G. O. pr. derjenige, welcher Jahr und Tag vor entstandener Irrung im ruhigen Besitz der streitigen Sache gewesen zu seyn beweisen kann.

Das summariissimum findet bei allen Sachen statt, auch bei Grunddienstbarkeiten, nur bei Streitigkeiten über Jurisdictionalien und Regalien gegen den Fiscus, und über solche Rechte, zu deren Ausübung man einer Concession bedarf, ist es ausgeschlossen. Anm. lit. b.

Kläger muß mit der Klage

1) beweisen, beziehungsweise Beweis darüber antreten, daß er sich während des letzten Jahres vor der Störung durch den Beklagten im ruhigen Besitz der Sache befand; natürlich muß er auch die Störung beweisen, soferne sie geläugnet wird;

2) bescheinigen, daß Gefahr auf dem Verzuge, oder Thätlichkeiten zu befürchten seyen.

Beklagter kann nur solche Einreden vorbringen, welche sich auf das Verfahren beziehen, possessorische nur dann, wenn sie sogleich liquid sind, petitorische gar nicht.

Die Verhandlung geschieht im mündlichen Verhör, Nov. von 1837 §. 1 Nr. 8. Das judicium ist duplex: beweist Beklagter, so erhält er den Besitz; kann keiner von beiden einjährigen ruhigen Besitz nachweisen, so werden sie zum plenarium oder petitorium verwiesen, und die Sache im Fall andauernder Gefahr sequestrirt. Uebrigens hat der Sieger im Ganzen dieselben Rechte, wie nach dem vorigen Paragraphen Nr. 1 a. E. der Sieger im ordinarium, nur mit den aus der Verschiedenheit der beiden Proceßarten folgenden Abweichungen.

Das summariissimum kann selbst dann noch angetreten werden, wenn die Sache bereits im possessorium ord. oder im petitorium anhängig und nur noch nicht entschieden ist. Ist es zweifelhaft, ob in ordin. oder summ. entschieden sey, so wird für das erstere präsumirt.

In sämmtlichen bisher besprochenen Besitzprocessen richten sich die materiellen Erfordernisse der Klage rücksichtlich des Besitzes nach dem jeden Orts geltenden Civilrechte.

§. 6.

Wer Proceß führen könne.

Martin, §. 35. Bayer, S. 35.

Absolut unfähig zur Führung eines Processes sind heutzutage nur die Kettensträflinge; die Bestimmung, daß Excommunicirte nicht klagen können (Anm. lit. b), ist antiquirt. B. U. Beil. II. §. 71.

Relativ unfähig, insoferne sie ihr Recht nicht selbständig vor Gericht vertreten dürfen, sind alle Personen, welchen die Dispositionsbefugniß abgeht, weil jedes Auftreten vor

Gericht, es sey als Kläger oder Beklagter, nach der Regel judicio contrahitur eine Disposition über das Vermögen enthält. Wem aber jene Befugniß abgehe, ist nach dem jeden Orts geltenden Civilrechte zu beurtheilen; nur rücksichtlich der Gemeinden und Stiftungen bestehen allgemeine Gesetze (Gemeinde-Edict von 1818 §. 103, 123, 127, 128. V. O. vom 16 März 1817 Art. IX), wonach diese bei Eingehung eines Rechtsstreites der Erlaubniß der vorgesetzten Curatelbehörde bedürfen, und zwar wird bei Städten erster Classe, oder mit einem Stadtcommissär der Consens von der Regierung, bei den übrigen Gemeinden vom treffenden Land- oder Herrschaftsgericht ertheilt, welches jedoch in wichtigen, die Summe von 500 fl. übersteigenden Fällen die Bestätigung der Regierung zu erholen hat. Daß dieser Consens nicht bloß für die Klage, sondern auch für die Vertheidigung nothwendig ist, folgt schon aus dem Obigen; nur wenn Gefahr auf dem Verzuge ist, wird davon Umgang genommen.

Die Processe der Gemeinden, welche rechtskundige Magistratsräthe haben, werden von diesen geführt, für die übrigen werden von den Regierungen eigene Gemeinde-Anwälte ernannt. Der Fiscus wird von eignen Fiscalbeamten vertreten, nämlich von einem Fiscalrath und mehreren Fiscaladjuncten, wovon einer am Sitz des Appellationsgerichts wohnen muß. Außerdem gibt es noch einen eignen Fiscal der Bergwerks- und Salinenadministration, einen Militärfiscal und einen für die Schuldentilgungsanstalt. Zwei unmittelbar unter dem Finanzministerium stehende Kronanwälte haben die wichtigeren Processe zu führen. Ueber die Befugnisse der Fiscale vgl. die V. O. vom 27 Nov. 1825 die Auflösung des Generalfiscalats betr.

§. 7.

Was vor dem Processe zu beobachten ist.

Zu dem Rathe, welchen die Gerichtsordnung den Parteien gibt, sich vor dem Beginne eines Processes wohl zu bedenken, ist durch neuere Gesetze (V. O. vom 24 Sept. 1808, 31 Mai, 20 Oct. 1810. Gem. Ed. von 1818 §. 120. Ges. vom 1 Jul. 1834) ein Gebot hinzugekommen, welches die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten vor dem Beginne eines Processes zum Zwecke hat. Wenn nämlich zwischen Personen, welche einem und demselben Gemeindebezirk angehören, und der Ortspolizei unterworfen sind (daß sie wirkliche Gemeindeglieder seyen, ist nicht nothwendig), eine Streitigkeit entsteht, so muß von der Ortsbehörde (Magistrat, Gemeindeausschuß) zuvor ein Sühneversuch zwischen ihnen angestellt werden, ehe die Klage vor Gericht gebracht werden darf. Auf Antrag des Klägers wird zu diesem Behufe Termin anberaumt, auf welchem beide Theile zu erscheinen haben; der Nichterschienene hat 30 Kreuzer Strafe zu zahlen und wird zum zweitenmal geladen. Bleibt der Beklagte das zweitemal aus, so wird angenommen, er wolle sich nicht vergleichen, und der Kläger erhält ein Zeugniß über mißlungenen Sühneversuch; bleibt der Kläger das zweitemal aus, so wird seine Klage als zurückgenommen angesehen, und er kann nur gegen Erlag von 30 Kreuzern aufs neue die Vermittlung in derselben Sache nachsuchen. Erscheinen beide Theile, so wird die Sühne ohne Zwang und Drohung versucht, mißlingt sie, so erhält der Kläger ein Zeugniß darüber, gelingt sie, so darf nichts schriftlich aufgezeichnet werden; etwaige Aufzeichnungen haben die Wirkung einer bloßen Privatscriptur d. h. nach G. O. cap. XVII. §. 1 Nr. 11 keine Wirkung, und der ganze Vergleich kann nach Willkür einseitig wieder umgestoßen werden, wenn nicht etwas zur Erfüllung bereits

gegeben wurde. Die Parteien können übrigens zur Vornahme der Sühne Männer ihres Vertrauens aus der Gemeinde wählen, welche dieselbe unter Leitung eines von der Behörde ernannten Commissärs versuchen; Advocaten dürfen aber nicht zugezogen werden.

Bei persönlichen Klagen gegen Militärpersonen in activem Dienst, welche nicht zunächst unter dem Appellationsgericht stehen, wird der Sühneversuch von der Commandantschaft unter Beiziehung des Auditors, bei Klagen gegen Studirende von dem Rectorate vorgenommen. Ges. vom 15 Aug. 1828 §. 3. V. O. vom 13 Febr. 1842 §. 104.

In allen genannten Fällen hat die Unterlassung des Sühneversuchs die Folge, daß die ohne vermittlungsamtliches Zeugniß eingereichte Klage vom Gerichte abgewiesen wird. Ist dieß jedoch nicht geschehen, sondern die Klage zur Verhandlung gezogen worden, so kann daraus die Folge der Nichtigkeit später nicht abgeleitet werden. Auch ist der Sühneversuch nicht nöthig bei solchen Streitsachen, für welche ein höchst summarisches Verfahren angeordnet ist, z. B. bei Hypothekenzinsklagen nach §. 52 des Hyp. Ges. (s. u. cap. V. §. 7).

Noch bestimmt die Novelle von 1819 §. 9, daß wer gegen den Fiscus klagen wolle, zuvor die zunächst einschlägige obere Administrativbehörde um Abstellung seiner Beschwerde angehen müsse. Erst wenn er von dieser abgewiesen wird, oder binnen sechs Wochen keine Entschließung erhält, kann er seine Klage, welcher ein Nachweis über die Befolgung dieser Vorschrift beizulegen ist, anstellen. — Auch hier hat die Außerachtlassung Abweisung der Klage, aber nicht Nichtigkeit, wenn sie doch verhandelt wurde, zur Folge.

§. 8.

Von armen und unvermöglichen Parteien.

Martin, §. 10. Bayer, S. 11.

Zum Armenrecht wird diejenige Partei gelassen, welche nicht so viel Einkommen hat, daß sie davon standesgemäß leben und Proceßkosten bezahlen kann. Ausländer können keinen Anspruch darauf machen, wenn nicht mit ihrem Vaterlande ein Staatsvertrag darüber besteht.

Der Beweis der Armuth wurde nach der G. O. durch den Armeneid geführt, heutzutage geschieht dieß durch ein von der treffenden Polizeibehörde ausgestelltes Armuthszeugniß (V. O. vom 16 Jun. 1827); der Eid kommt in der Praxis nicht einmal mehr als juramentum promissorium vor, da der in bessere Vermögensumstände kommende Arme, auch ohne den Eid geleistet zu haben, zur Nachzahlung verpflichtet ist.

Das Gesuch um Zulassung zum Armenrecht ist beim Proceßgericht (wenn auch durch Requisition) zu stellen und mit dem Armuthszeugniß zu belegen. Wird es abgeschlagen, so kann der Abgewiesene Extrajudicialbeschwerde ergreifen; die Gegenpartei hat hiezu das Recht nicht, im Falle das Gesuch gewährt wird.

Die Zulassung zum Armenrecht besteht in der Tax- und Stempelfreiheit, Beigabe eines Officialanwalts, unentgeltlichem Einrücken der Edictalcitationen in die inländischen öffentlichen Blätter und Postportofreiheit der beglaubigten Armensachen. Baare Auslagen muß die Partei selbst tragen, ist sie es nicht im Stande, so beruht die Sache, wenn nicht auf andere Weise geholfen werden kann, z. B. durch schriftliche Verhandlung.

Wird der Gegner der armen Partei in die Kosten verurtheilt, so muß er, sofern er nicht ebenfalls im Armenrechte stritt, dem Gerichte sämmtliche vorgemerkte Gerichtstaxen

und Stempel, und dem Officialanwalt des Armen die Deserviten nachbezahlen. Wird die arme Partei dazu verurtheilt, so kann der Gegner die bestrittenen Kosten von ihr beitreiben lassen, ohne auf bessere Vermögensumstände warten zu müssen; stritten jedoch beide Theile im Armenrechte, so braucht die unterliegende Partei weder Gerichtskosten, noch Deserviten für einen der beiden Officialanwälte zu bezahlen.

Militärpersonen, welche wegen persönlicher Forderungen belangt werden, sind taxfrei, Soldaten und Unterofficiere ohne Vermögen überdieß stempelfrei. Gesetz vom 15 Aug. 1828 §. 6.

§. 9.

Von dem Anfange, Fortgange und Ausgange des Streites.

Martin, §. 302. Bayer, S. 63.

Ueber die praeventio fori s. o. cap. I. §. 16.

Was die Citation ad reassumendum processum betrifft, so verlangt das gemeine Recht bekanntlich eine solche in allen Fällen einer Singularsuccession, und bei der Universalsuccession dann, wenn der Streit durch keinen cum clausula heredum bevollmächtigten Procurator geführt wurde. Im letzteren Fall ist nach der G. O. die Citation unnöthig, aber auch im Fall einer successio singularis mortis causa hat dieselbe nach den allgemeinen Ausdrücken des Gesetzes unter Nr. 3 zu unterbleiben, nur bei der Singularsuccession inter vivos ist der Successor unter dem Präjudiz ad reassumendum proc. aufzufordern, daß angenommen würde, er wolle den Streit fortsetzen. Wird er am Ende in die Kosten verurtheilt, so muß er sämmtliche während des Processes erwachsene Kosten tragen, kann sich dagegen an seinen Vormann halten; setzt er aber den Streit nicht fort, so braucht er auch die bisherigen Kosten nicht zu bezahlen.

Durch völligen Abstand vom Streite gibt man die Sache ebenso verloren, als wäre man verurtheilt, resp. abgewiesen, nicht aber durch bloßes Liegenlassen des Processes, was deßhalb auch nur mit Einwilligung des Gegners geschehen kann. Von beiden verschieden ist das Fallenlassen der Klage, um eine neue zu stellen, wovon cap. IV. §. 13 spricht.

Die Lehre von der Verjährung einer Klage durch Ablauf von vierzig Jahren seit dem letzten Judicialacte gehört in das Civilrecht.

§. 10.

Beobachtung gegenwärtiger Proceßordnung.

Martin, §. 11. Bayer, S. 12.

Auch nach bayerischem Recht gibt es keinen Conventionalproceß. Die Bestimmungen über die Unaufhaltbarkeit der Rechtspflege und das Rechtnehmen des Fiscus vor den Gerichten sind durch die V. U. Tit. VIII. §. 4 und 5 gesetzlich garantirt. Durch die Novelle von 1837 §. 39 hat der Fiscus überdieß eines seiner wichtigsten Vorrechte verloren, nämlich das, gleich den Minderjährigen wegen einer nachtheiligen Unterlassung Restitution verlangen zu können, und ist dadurch den Privaten mehr gleichgestellt worden.

Viertes Capitel.

Von gerichtlichen Klagen, Klaglibellen und anderem sowohl mündlichen, als schriftlichen Anbringen.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Klage sey.

Martin, §. 87.

Die Lehre von der Eintheilung der Klagen und von den verschiedenen Arten derselben gehört dem Civilrechte an.

§. 2.

Ob und wie die Klagen auf die Erben übergehen.

Martin, §. 92.

Auch diese Lehre gehört dem Civilrecht an, nur ist dabei ein für allemal zu bemerken, daß civilrechtliche Bestimmungen, welche in der Gerichtsordnung enthalten sind, dieselbe Gültigkeit haben, wie die processualischen, und deßhalb überall, wo sie eingeführt ist, den etwa entgegenstehenden Bestimmungen des gemeinen, Land-, Provincial- oder Statutarrechts derogiren. Lücken, welche die G. O. bei dergleichen civilrechtlichen Bestimmungen läßt, sind ebenso wie die Lücken bei Proceßvorschriften aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen. Publ. Pat. vom 14 Dec. 1753 s. o. Einl. §. 3. Nur wenn es sich um Anwendung einer selbständigen von der G. O. übergangenen Civilrechtsmaterie handelt (wie z. B.

die des vorhergehenden §. 1), ist sie nach dem jeden Orts geltenden Civilrecht zu beurtheilen, und in keinem Fall wird speciellen Bestimmungen der Particularrechte durch generelle Vorschriften der G. O. derogirt.

§. 3.

Wie die Klagen erlöschen.

Martin, §. 93.

Die näheren Regeln über die Verjährung der Klagen sind, soweit in den Particularrechten keine besondern Bestimmungen darüber enthalten sind, aus dem gemeinen Rechte (vergl. §. 2) zu ergänzen; eben daraus ist auch die Beantwortung der bekannten Streitfrage über die Wirkung der Klagenverjährung zu erholen, zu deren Lösung der Schlußsatz des Paragraphen, es sey gleich, ob die Klage von sich selbst erlösche, oder durch eine standhafte Einrede entkräftet werde, nichts beiträgt.

§. 4.

Ob man zur Klage gezwungen werden könne.

Martin, §. 38, 93.

In der Regel kann niemand gezwungen werden, eine ihm zustehende Klage früher, als es ihm beliebt, anzustellen. Keine eigentliche Ausnahme hievon ist es, daß gewisse Personen zur Klagestellung für andere verpflichtet sind, z. B. Vormünder, Administratoren. Eine wahre Ausnahme dagegen s. §. 5.

§. 5.

Von der Klage ex lege diffamari.

Martin, §. 255, 256. Bayer summ. Proc., §. 52 fg.

Von der im vorigen §. 4 angegebenen Regel macht die Bestimmung eine Ausnahme, daß wenn sich jemand

eines klagbaren Anspruchs gegen einen andern berühmt, dieser ihn mit der actio ex lege diffamari zur Klagestellung provociren kann. Das bayerische Recht stimmt hinsichtlich dieser Provocationsklage im Wesentlichen mit dem gemeinen Recht überein.

Die actio ex leg. diff. findet in allen Fällen statt, wo sich jemand berühmt, einen klagbaren Anspruch gegen einen andern aus was immer für einem Grunde zu haben, einerlei, ob das Recht, dessen er sich berühmt, ein gegenwärtiges oder zukünftiges ist. Sie findet also nicht statt bei solchen injuriösen Aeußerungen, welche keine Berühmung eines Klagerechts enthalten, denn der Angriff „an der Ehre", von welchem die G. O. spricht, kann auch durch Berühmung eines klagbaren Anspruchs geschehen; ebensowenig bei Berühmung eines bloßen Vorrechts, welches keine Klage gegen den Diffamaten erzeugt, z. B. besseren Erbrechts; sie kann ferner nicht angestellt werden, wenn Diffamant sich im wirklichen Besitze des angerühmten Rechtes befindet, weil dadurch die Beweislast im Hauptprocesse auf ihn übergewälzt würde, von welcher er nach den Gesetzen befreit ist, und weil der Besitzer in gewissen Fällen gar nicht klagen kann. Gegen Erben geht die Klage nur dann, wenn sie sich ebenfalls berühmt haben, vom Erben wird sie angestellt, wenn die Hauptklage, falls sie gegründet wäre, auch gegen ihn ginge. Daß Provocat sich einer actio nata rühmte, d. h. daß er nicht bloß behauptete, er habe ein Klagrecht, sondern auch eine Veranlassung zur Klage, ist nicht nöthig, letztere wird ihm ja gerade, wenn er sie noch nicht hätte, durch die Provocation gegeben.

Ueber das forum, wo die Provocationsklage anzustellen, wurde bereits oben cap. I. §. 15 gesprochen. Die Verhandlung geschieht im protokollarisch-schlüssigen Verfahren oder im mündlichen Verhör, je nach der Hauptklage,

aber allemal summarisch, d. h. mit abgekürzten Terminen. Die Klagbitte geht auf Ertheilung eines Befehls an den Provocaten, daß er die Klage, deren er sich berühmte, binnen bestimmter Frist bei Vermeidung ewigen Stillschweigens anzustellen habe. Es wird Termin zur Verhandlung anberaumt, und Provocat unter dem Präjudiz dazu vorgeladen, daß im Falle seines Nichterscheinens der Klagbitte des Provocanten entsprochen werden würde. Bleibt er aus, oder gesteht er die Diffamation zu, so wird er aufgefordert, die Klage binnen kurzer Frist (welche aber nicht erst von der Rechtskraft des Erkenntnisses an läuft,) bei Vermeidung ewigen Stillschweigens anzustellen. Läugnet er die Diffamation, so muß Provocant sie summarisch beweisen, wozu bloße Bescheinigung nach den Anm. lit. b, welche sich auf das gemeine Recht berufen, nicht hinreicht.

Wird die Hauptklage binnen der vorgesteckten Frist nicht angestellt, so geht, soferne das angedrohte Präjudiz verwirklicht wurde, das Recht völlig verloren, und kann weder agendo noch excipiendo mehr geltend gemacht werden. Wird sie dagegen angestellt, so hört die Wirkung des judicium diffamatorium auf; die Hauptklage unterscheidet sich nicht von einer gewöhnlichen Klage, daher gelten auch bei ihr die allgemeinen Regeln über die mutatio libelli (cap. IV. §. 13).

Uebrigens ist die provocatio ex leg. diff. keine subsidiäre Klage, sondern auch dann zulässig, wenn dem Provocanten eine Klage in der Hauptsache zusteht. Plenarbeschluß des Oberappell. Ger. vom 18 Jan. 1841.

§. 6.

Von der Klage ex lege si contendat.

Martin, §. 257. Bayer summ. Proc., §. 58 fg.

Wartet jemand so lange mit der Anstellung einer Klage, daß der künftige Beklagte fürchtet, durch den Zeitablauf eine ihm gegen die Klage zustehende Einrede zu verlieren, so kann letzterer mit der provocatio ex lege si contendat gegen den säumigen Kläger auftreten, und das Gesuch stellen, daß seine Einrede perpetuirt, und Provocat mit den Repliken, welche ihm durch einen längeren Zeitablauf allenfalls erwachsen könnten, ausgeschlossen werde. Anm. lit. h. Das bayerische Recht weicht bei dieser Provocation vom gemeinen insofern ab, als es

1) dieselbe nicht nur dann zuläßt, wenn der Beklagte eine Einrede, sondern auch wenn er den Beweis einer Einrede zu verlieren fürchtet, Anm. lit. c;

2) die Bitte geht nicht auf Aufforderung des Klägers zur Klagstellung, sondern zum Repliciren.

Wenn der Provocat die Hauptklage noch nicht anstellen kann, z. B. weil erst eine Bedingung zu erfüllen ist, so findet die Provocationsklage nicht statt, Anm. lit. e; außerdem kann ihr auch Provocat durch sofortige Anstellung der Hauptklage entgehen.

Ueber das forum der prov. ex leg. si cont. s. o. cap. I. §. 15. Das Verfahren richtet sich nach dem der Hauptsache. Findet der Richter die Klage zulässig, so beraumt er Termin zur Verhandlung an, wozu Provocat unter dem Präjudiz geladen wird, daß er im Falle des ungehorsamen Ausbleibens mit seinen Repliken ausgeschlossen, und Provocant zum Beweis der Einrede gelassen werden würde. Erscheint er nicht, so wird dieses Präjudiz auf Anrufen ver-

wirklicht; erscheint er, so wird über die Einrede, und die allenfalls dagegen vorgebrachten Repliken wie im gewöhnlichen Verfahren verhandelt, und im Falle Widerspruchs interloquirt. Das Endurtheil erkennt nicht in der Hauptsache, sondern entbindet entweder den Provocaten von der gegen ihn angestellten Klage, oder legt ihm rücksichtlich der Repliken gegen die verhandelte Einrede ewiges Stillschweigen auf.

§. 7.

Innerliche Erforderniſſe eines Klaglibells.

Martin, §. 144 fg. Bayer, S. 291.

Wesentliches Erforderniß einer Klagschrift ist, daß Richter, Kläger und Beklagter in derselben genannt seyen, und zwar, wenn ihrer mehrere sind (im Fall der activen oder passiven Streitgenossenschaft), jeder einzeln. Wird für oder gegen eine bevormundete Person geklagt, so muß auch der Vormund, wird mandatario nomine geklagt, der Mandant in der Klage genannt werden. Ein kleiner Verstoß z. B. im Vornamen schadet nicht, soferne nur die Person, welche man im Sinne hatte, außer Zweifel ist.

Weiteres wesentliches Erforderniß einer Klagschrift ist, daß daraus die Voraussetzungen der Klage, nämlich ein Rechtsgrund (causa petendi), eine Veranlassung und der Gegenstand der Klage (Inhalt des Gesuches) mit Klarheit hervorgehe.

Der Vortrag, in welchen diese Requisite eingekleidet werden, soll rein, d. h. frei von Unwahrheiten und Widersprüchen, deutlich, d. h. ohne Dunkelheiten und Zweideutigkeiten, kurz, d. h. mit Hinweglassung aller nicht zur Sache gehörigen Umstände abgefaßt seyn. Anm. lit. h. Dagegen muß derselbe nicht nur alle zur Begründung der Klage erforderlichen Umstände enthalten, sondern auch diejenigen, welche nothwendig sind, um dem Richter und Be-

klagten eine deutliche Vorstellung von der Thatsache, welche Kläger im Sinne hat, und aus welcher er sein Recht ableitet, zu gewähren. Was zu jenen Erfordernissen der Klagbegründung gehöre, lehrt das Civilrecht, was zu den letzteren (z. B. ob Angabe des Ortes, der Zeit, vergl. Anm. lit. b), hat das richterliche Ermessen zu bestimmen.

Die causa petendi ist nach den Anmerkungen entweder *proxima sive generalis* oder *remota s. specialis*, je nachdem man bloß behauptet, ein Recht zu haben, oder die Art und Weise angibt, wie man das Recht erworben hat. Ersteres reicht nach den Anm. lit. c. bei dinglichen Klagen hin, während bei persönlichen die Angabe einer causa specialis nothwendig ist.

Das petitum kann sich regelmäßig auf das Sachgesuch beschränken, die Hinzufügung einer Proceßbitte ist bloß dann nöthig, wenn um Einleitung eines außerordentlichen Verfahrens nachgesucht werden will. Jenes muß auf einen nach Qualität und Quantität bestimmten Gegenstand gerichtet seyn, ausgenommen, wenn dieß der Natur der Klage nach nicht wohl möglich ist, z. B. bei der hereditatis petitio, oder wo die Ausmittlung des Quantum einer eigenen Verhandlung vorbehalten ist, wie bei Kosten und Schäden. Die Bitte darf nicht auf mehr gerichtet seyn, als man zu fordern berechtigt ist, doch hat Pluspetition die Verwerfung des Klaglibells nur dann zur Folge, wenn sie sofort aus der Klagschrift erhellt und als eine muthwillige erscheint. Stellt sie sich erst während des Verfahrens heraus, so wird deßhalb die Klage nicht abgewiesen, soferne nur überhaupt ein Theil der Forderung begründet ist, weil dadurch unnöthiger Weise ein neuer Proceß entstünde, sondern auf das wirklich schuldige Object gesprochen, und wegen muthwilliger Mehrforderung werden allenfalls die Kosten compensirt, oder dem Kläger ganz zugewiesen, wenn der Proceß lediglich durch

die Mehrforderung veranlaßt wurde. Ist freilich pluspetitio tempore vorhanden, und die Leistung noch nicht einmal bei Erlassung des Erkenntnisses fällig, so muß der Beklagte von der Klage entbunden werden.

Wenn die G. O. am Schlusse den Richter verpflichtet, auf Kosten, Schäden und Zinsen auch ungebeten zu erkennen, so darf dieß nicht auf solche Leistungen ausgedehnt werden, welche mit einer eigenen Klage verfolgt werden können, z. B. stipulirte Zinsen.

Die Hinzufügung der sog. clausula salutaris ist auch nach bayer. Recht nutzlos, da der Richter sein Amt ungebeten zu thun schuldig ist. G. O. cap. IV. §. 13.

§. 8.

Von Benennung der Klage.

Martin, §. 144. Bayer, S. 294 a. E.

Wesentliche Voraussetzung der Zulässigkeit einer Klage ist, daß nach den in derselben vorgetragenen Thatsachen dem Kläger ein Klagrecht zustehe, und daß im petitum dasjenige gefordert werde, was nach der Geschichtserzählung gefordert werden kann. Fehlt es an einer dieser beiden Voraussetzungen, so ist die Klage abzuweisen. Zwar nehmen es die Anmerkungen lit. a damit sehr leicht, und meinen, wenn jemand ein Haus begehre, könne der Richter nicht auf einen Garten sprechen, wenn aber jemand ein mutuum einklage, könne es ihm der Richter als depositum zuerkennen; allein dieß ist offenbar falsch, und widerspricht dem klaren Texte des Gesetzes, welches ausdrücklich gebietet, die Klage abzuweisen, wenn es ihr an einer der beiden angegebenen Voraussetzungen fehlt. Nur wenn diese vorhanden sind, dagegen das genus actionis gar nicht, oder nicht recht benannt ist, hat der Richter die der Geschichtserzählung und dem petitum angemessenste Klage anzunehmen.

§. 9.

Von Cumulirung der Klagen.

Martin, §. 94. 147. Bayer, S. 304.

Die Gerichtsordnung unterscheidet, wie das gemeine Recht, objective und subjective Klagenhäufung: erstere wenn ein Kläger mehrere Klagen gegen einen Beklagten in derselben Klagschrift vereinigt, letztere wenn in einem Klaglibelle mehrere Kläger auftreten, oder gegen Mehrere geklagt wird, welche keine juristische Person bilden (wohin natürlich auch der Fall gehört, wenn die Mitglieder einer juristischen Person als einzelne Personen klagen oder verklagt werden). Die Klagenhäufung ist nach der G. O. nicht so oft zulässig, als nach gemeinem Recht.

1) Die objective Klagenhäufung ist regelmäßig verboten. Dieser Satz wurde bereits im summarischen Proceß von 1616 Tit. I. Art. 9 aufgestellt; der Commentator desselben v. Schmid bemerkt zu dieser Gesetzesstelle Nr. 2 und 6 ausdrücklich, daß sich das bayerische Recht vom gemeinen dadurch unterscheide, daß letzteres die Klagencumulirung regelmäßig zulasse, während ersteres sie ausschließe. Die Gerichtsordnung von 1753 geht nach der ganzen Fassung des gegenwärtigen Paragraphen von demselben Gedanken aus, die Stelle „mehrere Klagen, welche verschiedene nicht mit einander zu verhandelnde Sachen betreffen, sollen in einem Klaglibelle niemals vermischt werden", stellt als Regel das Verbot der objectiven Cumulation hin, wovon nur die gleich folgende Bestimmung rücksichtlich solcher Klagen, welche einerlei Quelle haben, eine Ausnahme macht. Als verschiedene, aber doch mit einander zu verhandelnde Sachen, welche in einem Klaglibell zusammengenommen werden können, werden nämlich übereinstimmend mit dem summarischen

Proceß von 1616 (Schmid l. c. Nr. 3) ausschließlich jene Klagen bezeichnet, welche einerlei Quelle haben. Dazu gehören aber nicht bloß die Klagen, welche aus einem und demselben historischen Fundament, sondern auch die, welche aus einem fortdauernden Rechtsverhältnisse entspringen, z. B. Rechnungssachen. Dagegen können Klagen, welche aus einem gleichartigen, aber zu verschiedenen Zeiten eingegangenen Rechtsgeschäft entstanden, z. B. wegen mehrerer Darlehen, Käufe u. s. w., soferne sie nicht die Folge eines fortdauernden Rechtsverhältnisses sind, nicht cumulirt werden. Selbst solche Klagen, welche aus derselben Quelle fließen, können bald gar nicht, bald nur alternativ oder in subsidium cumulirt werden, wenn sie einander widersprechen, oder so beschaffen sind, daß eine durch Erwählung der andern aufgehoben wird. Klagen, welche in einem Präjudicialverhältniß stehen, können zwar cumulirt werden, doch kann der Beklagte verlangen, daß die präjudicielle Klage zuerst verhandelt und entschieden werde.

2) Auch die subjective Klagenhäufung ist nach bayerischem Recht nicht so oft zulässig, wie nach gemeinem, denn die G. O. beschränkt sie auf den Fall, wenn die mehreren Kläger oder Beklagten Streitgenossen sind. Ueber die Erfordernisse der Streitgenossenschaft enthält das Gesetz keine näheren Bestimmungen, die Anm. lit. c äußern sich auch nicht weiter, als daß eine causa communis dazu nothwendig sey, an einer andern Stelle dagegen zu cap. VII. § 2 lit. g stellen sie den Begriff der Litisconsorten dahin auf, es seyen jene, welche die nämliche causam und das nämliche jus agendi vel defendendi haben. Die Erläuterung und Ergänzung dieser Definition ist aus dem gemeinen Recht zu erholen, hiernach ist aber die nämliche causa nicht bloß dann vorhanden, wenn ein und dasselbe Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, oder gegen sie gerichtet

ist (einerlei ob in solidum, oder pro rata), sondern auch dann, wenn für jede von mehreren Personen aus demselben historischen Fundamente ein selbständiges Recht entspringt, oder wenn verschiedene Personen in dieser Art verpflichtet werden.

In allen genannten Fällen hängt der Eintritt einer Streitgenossenschaft noch davon ab, daß die mehreren Berechtigten in Einem Libelle klagen, beziehungsweise die mehreren Verpflichteten in derselben Schrift belangt werden; ist dieß nicht der Fall, so findet ein Litisconsortium nicht statt, selbst dann nicht, wenn die mehreren Klagen zu gleicher Zeit eingereicht würden (nicht dagegen ist G. O. cap. VII. §. 4 Nr. 3). Die exceptio plurium litisconsortium ist dem bayerischen Recht so unbekannt, wie dem gemeinen.

Ueber die Wirkungen der Streitgenossenschaft bei dem Urtheil, der Appellation u. s. w. wird weiter unten die Rede seyn.

§. 10.

Aeußerliche Form der Klagen.

Martin, §. 99.

Die Klage ist entweder schriftlich (in duplo) einzureichen, oder umständlich zu Protokoll zu geben. Nov. von 1837 §. 17 Nr. 1. Schriftliche Klagen können, wie bereits oben cap. II. §. 5 bemerkt wurde, bloß von Siegelmäßigen und rechtskundigen Personen höheren Standes, ferner von Advocaten (in eigenem und fremdem Namen) eingereicht werden. Sie müssen auf dem gehörigen Stempelpapier, sofern die Partei nicht zum Armenrecht gelassen ist, geschrieben seyn; auf dem Rubrum ist das Gericht, Name, Stand und Wohnort der Parteien, der Betreff, ferner die Anzahl der übergebenen Exemplare und der Bei-

lagen (welche im Contexte anzuziehen sind,) zu bezeichnen. Advocaten haben ihren Schriften die Taxe beizusetzen.

§. 11.

Von dem libello simplici et articulato.

Der Unterschied zwischen einfachem und articulirtem Libell, welcher darin bestand, daß jener in fortlaufender Rede, dieser in getrennten mit „ja und wahr" beginnenden Artikeln abgefaßt wurde, ist mit dem processus ordinarius (cap. III §. 1 Nr. I) weggefallen; die Klage wird jetzt immer auf die erstgenannte Weise stylisirt.

§. 12.

Ausführung des Beweises in der Klage, wie auch von Allegationen und responsis juris.

Nach der G. O. war die Verbindung des Beweises mit der Klage erlaubt, und in solchen Fällen, in welchen die Geschichte der Klage auf brieflichen Urkunden dergestalt beruht, daß der ganze Streit ohne einen weitern Beweis dadurch gehoben werden kann, verpflichtete sie sogar den Kläger, bei Vermeidung der Verwerfung des Klaglibells, die Briefe gleich mit der Klage zu übergeben — eine Vorschrift, welche gleichmäßig von der Exception, Replik u. s. w. gilt. G. O. cap. XI. §. 5 Nr. 1 und 2.

Die Novelle von 1819 §. 16 hob die Zulässigkeit der Beweisanticipation in der Klage auf (s. u. cap. IX. §. 6). Dadurch war es zweifelhaft geworden, ob jene weitere Vorschrift der G. O. noch anwendbar sey, bis sie durch die Novelle von 1837 §. 50 ausdrücklich bestätigt wurde. Die mit der Klage übergebene Urkunde hat die Natur einer klägerischen Behauptung, muß daher vom Beklagten, wenn sie nicht für zugestanden gelten soll, ausdrücklich widersprochen

werden; dagegen hat sie nicht die Natur einer Beweis-anticipation.

§. 13.

De emendatione, mutatione et clausulis libelli.

Martin, §. 103, 149. Bayer, S. 309.

Mutation ist dann vorhanden, wenn die Klage durch die Aenderung eine ganz andere wird, als die ursprüngliche, namentlich wenn andere Personen an die Stelle des ersten Klägers oder Beklagten gesetzt werden, wenn statt des früheren Klagegrundes ein neuer geltend gemacht wird, oder wenn das Gesuch abgeändert und ein anderes Object oder eine höhere Summe als anfangs verlangt wird. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß die Aenderung in den Personen nicht durch einen wirklich erst im Laufe des Processes eingetretenen Umstand, z. B. Hinwegsterben einer Partei, veranlaßt wurde. Die Aenderung im Klagegrund muß ferner eine historische seyn, d. h. durch Aenderung der Geschichtserzählung bewirkt werden, wogegen eine bloß juristisch neue Auffassung des Verhältnisses umsoweniger eine unzulässige Mutation enthält, als ja der Richter die gegebenen Thatsachen von Amtswegen unter das passendste genus actionis zu subsumiren hat (vergl. o. §. 8). Endlich erscheint eine bloße Ermäßigung der im petitum geforderten Summe ebensowenig als eine Klagsänderung, als die Hinzufügung eines neuen Gesuchs wegen Nebensachen, z. B. Verzugszinsen, Kosten, auf welche ebenfalls der Richter ohnedieß von Amtswegen erkennen müßte.

Emendation ist vorhanden, wenn die Klage dieselbe bleibt und nur erläutert wird, einerlei ob dieß durch Anführung neuer Thatsachen oder durch Aufhellung bereits angeführter geschieht. Die Hauptfrage dabei ist immer, ob durch

das neue Vorbringen der Beklagte in seiner Vertheidigung gefährdet werde oder nicht. Ist ersteres der Fall, oder auch nur wahrscheinlich, so ist die Klage abzuweisen; ist es unwahrscheinlich, so läßt sich (abgesehen von einer offenbaren Klagsänderung) die Abweisung schon deßhalb nicht rechtfertigen, weil dadurch unnöthiger Weise derselbe Proceß wiederholt würde.

Wenn die Gerichtsordnung dem Kläger erlaubt, nach der Litiscontestation gegen Ersatz der bisher erwachsenen Kosten seine Klage zurückzunehmen, und eine neue zu übergeben, so muß dieß vor allem mit der Beschränkung aufgefaßt werden, daß dadurch dem Beklagten nicht Vortheile entrissen werden können, welche er bereits im bisherigen Verfahren, z. B. durch Zugeständnisse oder Versäumnisse des Klägers, erlangt hat. Selbst unter dieser Beschränkung aber ist jene Befugniß ausgeschlossen, sobald das erste rechtskräftige Interlocut vorliegt, weil hiedurch unter den Parteien ein neues obligatorisches Verhältniß entsteht, von welchem keine derselben einseitig zurücktreten kann.

Ueber Clauseln s. o. §. 7 a. E.

§. 14.

Von Uebergabe, Präsentirung, Einschreibung, dann Retrahirung und Reexhibirung der Klage.

Martin, §. 104.

Die Klage ist sofort nach ihrer Uebergabe bei Gericht zu präsentiren (d. h. mit dem Datum der Uebergabe zu versehen) und in das Einlaufjournal einzutragen.

Wurde die Präsentation unterlassen, so gilt die Eingabe als rechtzeitig eingereicht, bis das Gegentheil nachgewiesen ist. Eingaben, welche bereits communicirt sind, können einseitig nicht mehr zurückgenommen werden. Ueber Reerhibirung verlorner Actenstücke vergl. u. cap. XIV. §. 3.

§. 15.

Von den übrigen Schriften, mündlichen Vorträgen, Receſſen und Protokollen.

Martin, §. 105. Bayer, S. 240.

Was bisher von der Klage geſagt wurde (namentlich in §. 10), gilt auch von den übrigen Schriften der Parteien. Ein gerichtliches Protokoll erfordert nach den Anm. zu cap. II. §. 3 lit. f, daß die vorgenommene Gerichtshandlung

1) ſo viel möglich und thunlich gleich in continenti noch bei geſeſſenem Gericht,

2) deutlich, redlich und vollſtändig,

3) mit Anmerkung des Orts, der Zeit und aller gegenwärtig geweſenen Perſonen,

4) von dem Actuar ſelbſt geſchrieben, oder wenigſtens unterſchrieben, endlich

5) vor beſchloſſenem und geendigtem Act vorgeleſen werde. Dazu kommt nach gegenwärtigem Paragraph noch,

6) daß das Protokoll von ſämmtlichen Theilen, oder ihren Vertretern unterzeichnet werde.

Fehlt es an einem oder dem andern obiger Requiſite, ſo ſoll ſich nach der allegirten Stelle der Anmerkungen der Defect allenfalls auf Begehren durch den Eid des Actuars heben laſſen; allein dieß gilt bloß von formellen Mängeln, z. B. wenn es an der Angabe der Zeit, des Ortes, oder an der Unterſchrift der Parteien fehlt, ferner von Fällen, in welchen das Vorhandenſeyn eines weſentlichen Requiſits nicht aus dem Protokolle hervorgeht, z. B. daß es wirklich vorgeleſen, daß es vom Actuar geſchrieben, daß es in continenti aufgenommen wurde. Fehlt es dagegen an einem dieſer weſentlichen Requiſite ſelbſt, z. B. iſt das Protokoll wirklich nicht vorgeleſen worden u. ſ. w., ſo iſt dasſelbe unheilbar nichtig.

§. 16.

Wer im Zweifel für den Kläger zu halten sey.

Martin, §. 38. Bayer, S. 67.

Ein Zweifel, wer für den Kläger, wer für den Beklagten zu halten sey, kann besonders bei einem judicium duplex eintreten. In solchen Fällen wird derjenige als Kläger betrachtet, welcher die Klage zuerst anstellt. Geschieht es von beiden gleichzeitig, so entscheidet das Loos.

§. 17.

Von offenbar ungegründeten Klagen.

Martin, §. 151. Bayer, S. 311.

Geht aus der übergebenen Klagschrift unzweifelhaft hervor, daß dem Kläger nach den vorgetragenen Thatsachen eine Klage nicht zustehe, so wird sie definitiv abgewiesen. Dasselbe ist der Fall, wenn aus vorhandenen Acten hervorgeht, daß die Sache früher schon einmal verhandelt und entschieden, oder gerichtlich verglichen wurde, nur muß auch hier unzweifelhaft feststehen, daß es dieselbe Sache ist, welche noch einmal anhängig gemacht werden will, und zwar unter den nämlichen Personen, oder doch solchen, welche die Rechtskraft des früheren Urtheils resp. der Vergleich bindet. Wenn es dagegen zweifelhaft ist, ob dem Kläger nicht wirklich eine Klage zustehe, oder ob die res judicata vel transacta ihn betreffe, so ist die übergebene Klage zur Verhandlung zu ziehen.

Geht aus dem Klagvorbringen mit Wahrscheinlichkeit hervor, daß dem Kläger eine Klage zustehe, und leidet nur die übergebene an einem innern Mangel, z. B. an Dunkelheit, muthwilliger Pluspetition, oder ist sie zu bald, oder am unrechten Orte angestellt, so wird sie angebrachtermaßen

zur Zeit, oder hierorts abgewiesen, und kann dann verbessert, zur rechten Zeit, oder am gehörigen Orte noch einmal angestellt werden.

Fehlt es endlich bloß an einem äußeren Erfordernisse, z. B. der Uebergabe eines Duplicats, einer Urkunde (s. o. §. 12), so wird die Klage gar nicht abgewiesen, sondern dem Kläger aufgetragen, das Fehlende nachzubringen, und einstweilen die Verfügung auf die Klage selbst suspendirt. Enthält sie injuriöse Aeußerungen, so wird sie zur Reinigung zurückgegeben.

Fünftes Capitel.

Von gerichtlichen Citationen, Communicationen und Mandaten, dann derselben Insinuationen und den Contumacialhandlungen.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Citation sey.

Martin, §. 106. Bayer, S. 245.

Der Beklagte soll bei Vermeidung unheilbarer Nullität über die Klage (sofern sie nicht a limine abzuweisen ist, vrgl. cap. IV. §. ult.) gehört werden, und ist deßhalb bei Gericht vorzuladen. Mit der Ladung ist ihm sogleich der Inhalt der Klage mitzutheilen. Wurde dieselbe schriftlich eingereicht, so ist das Duplicat, wurde sie zu Protokoll gegeben, eine Abschrift des Protokolls hinauszuschließen, Nov. v. 1837 §. 17. Bei der Ladung zum Verfahren im mündlichen Verhör ist nur der Inhalt der Klage kurz auf der Ladung zu bemerken, sie müßte denn schriftlich eingereicht worden seyn, in welchem Fall das Duplicat hinausgeschlossen wird, ib. §. 6. Den Unterschied zwischen arctatorischer und monitorischer, dann zwischen peremtorischer und dilatorischer Ladung kennt die Gerichtsordnung zwar der Sache, aber nicht dem Namen nach; die Novelle von 1837 unterscheidet zwischen peremtorischer und monitorischer Ladung, verbindet jedoch mit letzterer Bezeichnung den gemeinrechtlichen Begriff der dila-

torischen. Nach §. 29. dieses Gesetzes sind nämlich alle Fristen und Termine kraft des Gesetzes peremtorisch, mit Ausnahme der ersten bloß monitorischen Vorladung des Beklagten zur Klagbeantwortung.

§. 2.

Von der Verbal-, Real-, und Subsidial-Citation.

Mündliche Ladung kommt heutzutage in Civilproceßsachen nicht mehr vor; Realcitation bloß in einigen besondern Fällen, namentlich beim Arrestproceß, beim Sühneversuch in Ehescheidungssachen, und allenfalls bei Zeugen; die Regel bildet die schriftliche Ladung. Steht der zu Lade unter dem Gerichtszwang eines andern Gerichts, so geschieht die Ladung durch Requisition (wird bloß um Mittheilung einer Verfügung ersucht, so heißt dieß Requisition im e. S., wenn um wirkliche Vorladung: Compaßschreiben). Der requirirte Richter ist schuldig, der Requisition Folge zu leisten, ausgenommen wenn er sieht, daß er in der Sache selbst competent ist, in welchem Fall er mit dem requirirenden Gerichte in das gehörige Benehmen zu treten hat (s. o. die Lehre von Competenzconflicten cap. I. §. 13 Nr. V). Die Requisition ist deßhalb so einzurichten, daß der requirirte Richter dieß prüfen kann. Anm. lit. d.

§. 3.

Von der Edictalcitation.

Martin, §. 209. Bayer, S. 252.

Edictalcitation, d. h. öffentliche Vorladung durch Anschlag am Gerichtsbrett und Einrücken in Zeitungen findet statt:

1) wenn eine bestimmte Person vorzuladen ist, aber nicht vorgeladen werden kann, weil ihr Aufenthaltsort

unbekannt ist; oder weil der ausländische Richter der an ihn gestellten Requisition keine Folge leistet; oder weil die Requisition oder Citation wegen besonderer Umstände z. B. Krieg, und was dergleichen außerordentliche Fälle mehr, unthunlich ist;

2) wenn es ungewiß ist, ob und welche Personen vorhanden seyen, deren Interesse bei einer gerichtlichen Verhandlung betheiligt ist.

Beide Arten der Edictalcitation können sowohl bei Gegenständen der streitigen als freiwilligen Gerichtsbarkeit vorkommen. In ersterer Beziehung kommt es zur Edictalcitation namentlich im Concurse, ferner wenn der Aufenthaltsort einer Partei nicht ausfindig gemacht, oder wenn sie wegen eines andern Hindernisses nicht geladen werden kann. In letzterer Beziehung findet sie außer dem im Gesetzbuch sub. Nr. 3 aufgeführten Fall einer vom Fiscus als vacant in Anspruch genommenen Erbschaft insbesondre noch bei Bildung eines Familienfideicommisses statt, wobei die unbekannten Gläubiger vorzuladen sind (V. U. Beil. VII. §. 26), ferner bei Amortisirung einer im Hypothekenbuch eingetragenen Forderung, deren Inhaber unbekannt, wenn seit der letzten auf die Forderung sich beziehenden gerichtlichen Handlung 30 Jahre verflossen sind (Hyp. Ges. §. 82), endlich bei der Amortisirung einer auf einen bestimmten Gläubiger ausgestellten Urkunde überhaupt (V. O. v. 10 Oct. 1810), in welchen beiden Fällen der unbekannte Inhaber vorgeladen wird. Die näheren Bestimmungen über das dabei zu beobachtende Verfahren gehören indessen nicht hieher.

Jeder Edictalcitation ist ein entsprechendes Präjudiz beizufügen, welches jedoch kein willkürliches seyn darf, sondern im Gesetze begründet seyn muß.

§. 4.

Requisita citationis.

Aus der Ladung muß das Gericht, der Kläger und Beklagte (im Fall eines Litisconsortium jeder einzelne), und der Betreff deutlich zu erkennen seyn.

Unbestimmtheit der Ladung hat Nichtigkeit zur Folge, wenn nicht der Geladene kommt, eben so mangelnde causa citationis, wenn er sich nicht gutwillig einläßt. Die bei der Ladung vorgesteckte Zeit ist entweder eine Frist, oder ein Termin; ist im letzteren Fall keine Tageszeit bestimmt, so kann der Geladene bis zum Abend erscheinen, ist dagegen der Vormittag bestimmt, so ist er Nachmittags präcludirt.

§. 5.

Aeußerliche Form der Citation in ordinario.

Die Bestimmung dieses §., wonach im ordinarium bloß eine einzige Ladung für den ganzen Proceß stattfand, ist mit dem processus ordinarius antiquirt; heutzutage ist zu jeder Handlung specielle Ladung nöthig.

§. 6.

Von Communicationen und Mandaten.

Martin, §. 244, 248, 249. Bayer, summ. Proceß §. 6, 7, 16—18.

Die Gerichtsordnung handelt hier von den Mandaten, welche sie als eine Art der Citation auffaßt. Sie unterscheidet wie das gemeine Recht bedingte und unbedingte Mandate; über letztere enthält sie im nächstfolgenden §. einige nähere Bestimmungen, von ersteren dagegen gibt sie nichts als den Begriff: es sey der Befehl an den Beklagten, etwas zu thun oder zu unterlassen, wenn die

Sache angebrachtermaßen beschaffen. Die Frage, wann ein bedingtes Mandat stattfinde, ist im Gesetz nicht beantwortet, und die Anmerkungen lit. b. bieten ebenfalls wenig Aufschluß, indem sie sich bloß dahin äußern, die Sache müsse zwar auf etwas mehr, als eine bloße Citation, doch nicht allerdings auf ein mandatum sine clausula qualificirt seyn. Wann dieß der Fall sey, ist eine quaestio facti, welche sich nicht durch eine scharf begränzte Aufzählung der einzelnen Fälle beantworten läßt, sondern für deren Lösung sich bloß einzelne in der Natur der Sache begründete Gesichtspunkte aufstellen lassen, von welchen der Richter bei der Beurtheilung, ob sich ein Gegenstand zum bedingten Mandatsproceß eigne oder nicht, auszugehen hat. Es sind folgende:

Zur Erlassung eines bedingten Mandats eignen sich nicht Sachen von großem Belang, Streitigkeiten über verwickelte Rechtsverhältnisse, über Geschäfte, aus welchen regelmäßig beiden Contrahenten Forderungen entspringen. Dagegen ist jenes Mandat am Orte, wenn die Sache minder wichtig, so daß vielleicht die Kosten eines ordentlichen Processes den Werth des Streitgegenstandes selbst übersteigen würden, wenn sie einfach, wenn mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, der Beklagte habe keine Einreden entgegenzusetzen. Ein allgemeines Erforderniß ist dabei, daß der Klaganspruch bescheinigt werde.

Daß der Kläger ausdrücklich um ein bedingtes Mandat gebeten habe, ist nicht nöthig, nur darf sein Gesuch nicht auf Einleitung des ordentlichen Verfahrens gerichtet seyn. Das Mandat wird dahin erlassen, Beklagter habe binnen bestimmter Frist den Kläger zufrieden zu stellen, oder binnen gleicher Frist seine allenfallsigen Einwendungen bei Vermeidung des Ausschlusses vorzubringen. Zwar äußern die Anm. lit. b., das bedingte Mandat des bayerischen

Processes unterscheide sich dadurch vom gemeinrechtlichen, daß bei jenem bloß die Clausel hinzugefügt werde, „wenn die Sache angebrachtermaßen beschaffen," bei diesem dagegen die Weisung, Beklagter habe seine allenfallsigen Einreden vorzubringen, — allein dieser Aeußerung ist wohl kein Gewicht beizulegen, denn die erste Clausel ist völlig überflüssig, weil sie sich von selbst versteht, dagegen kann Beklagter mit Einreden nicht ausgeschlossen werden, so lange er nicht aufgefordert worden ist, solche vorzubringen.

Trägt der Beklagte Einwendungen vor, wozu es auch gehört, wenn er die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen läugnet, so verwandelt sich der Streit in den ordentlichen Proceß, der im protokollarisch-schlüssigen Verfahren, oder im mündlichen Verhör je nach Beschaffenheit der Sache durchzuführen ist. — Bleibt Beklagter ungehorsam aus, so wird auf Anrufen des Klägers nunmehr ein unbedingtes Mandat mit Executionsandrohung gegen ihn erlassen, gegen welches bloß die im Executionsverfahren überhaupt zulässigen Einreden stattfinden.

§. 7.

Von mandatis sine clausula.

Martin, §. 245—247. Bayer, summ. Proc. §. 8—15.

Der unbedingte Mandatsproceß findet nach der G. O. bloß bei einem unjustificirlichen Factum (vrgl. Anm. lit. g.), bei einer Sache, welche so beschaffen ist, daß das gemeine Wesen darunter leidet (ib. lit. h.), oder welche wegen Gefahr keinen Verzug gestattet (ib. lit. i.), dagegen nicht bei einer auf öffentliche Urkunden gegründeten Forderung statt. Erst durch das Hypothekengesetz vom 1 Jun. 1822 §. 52 wurde er auf Hypothekenzinsen ausgedehnt.

Der Klagegrund muß auch hier bescheinigt seyn. Findet der Richter die Sache zum unbedingten Mandatsproceß

geeiguet, so erläßt er Befehl an den Beklagten unter Androhung der Execution oder einer Geldstrafe. Beklagter kann hiegegen Einreden, welche sich auf die Proceßart, oder auf wesentliche Erfordernisse des Processes überhaupt beziehen, vorbringen, andere bloß dann, wenn sie sofort liquid gemacht werden können, wozu jedoch ebenfalls Bescheinigung hinreicht. Ueber die nicht offenbar ungegründeten Einreden ist Kläger zu vernehmen, und deßhalb Termin zur Verhandlung im mündlichen Verhör (Nov. v. 1837 §. 1 Nr. 8) anzuberaumen. Kommt der Beklagte dem Befehle nicht nach, und bringt auch (bis zur Vollstreckung) keine Einreden vor, so wird exequirt, beziehungsweise die Strafe erhoben, und eine höhere gedroht.

Werden rückständige Zinsen eines im Hypothekenbuche als verzinslich eingetragenen Capitals von den letzten zwei Zinsjahren vor dem laufenden eingeklagt, so ist, wenn der Klage der Hypothekenbrief, oder ein beglaubigter Hypothekenbuchsextract beiliegt, dem Schuldner der Befehl zu ertheilen, binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Execution zu bezahlen. Letztere kann der Beklagte nur durch Einreden, welche er sofort durch Urkunden liquidirt (und mit welchen er bis zur Vollstreckung zu hören ist), abwenden. Die Klage ist bei dem Gericht anzustellen, in dessen Bezirk das Hypothekenobject liegt, wenn die Execution an diesem vorgenommen werden soll (cap. I. §. 9), kann aber auch als persönliche am forum domicilii des Schuldners angestellt werden, wenn die Execution an seinen Mobilien verlangt wird, weßhalb der Kläger in der Klage das Executionsobject sogleich zu benennen hat. Bringt der Beklagte eine durch Urkunden liquide Einrede vor, so wird Termin zur Inspection resp. Recognition anberaumt. Ist es eine Privaturkunde, deren Aechtheit der Kläger widerspricht, so kann Beklagter nicht die Ableistung des Diffessionseides verlangen,

sondern wird mit seiner Einrede ad separatum verwiesen. Die Execution kann durch kein Rechtsmittel aufgehalten werden. — Durch Gesetz vom 15 April 1840 ist dieses Verfahren auf die Einklagung von Annuitäten der bayer. Hypotheken- und Wechselbank ausgedehnt worden, soferne dessen Anwendung bei Abschließung des Darlehensvertrags bedungen wurde.

§. 8.

Insinuirung der Citation.

Martin, §. 109. Bayer, S. 250.

Die Insinuation durch die Partei selbst ist heutzutage nicht mehr üblich, ausgenommen bei Insinuationen an eine ausländische Partei, falls sich der Gegner dazu erbietet. Auch durch Notare (G. O. Nr. 11) wird nicht mehr insinuirt, sondern regelmäßig geschieht es durch den Gerichtsboten oder seine verpflichteten Gehülfen. Bei activen Militärs erfolgt die Insinuation mittelst Requisition der treffenden Commandanten, Ges. v. 15 Aug. 1828 §. 4. Landgerichtliche Vorladungen an gutsherrliche Hintersassen werden durch das gutsherrliche Gericht insinuirt, auch in Sachen, in welchen sie dem Landgericht unmittelbar unterworfen sind. V. U. Beil. VI. §. 82. Bei Vorladung von Forst-, Canal- und Eisenbahnbediensteten ist die vorgesetzte Stelle derselben in Kenntniß zu setzen. — Befindet sich die Partei in einem andern Gerichtsbezirk, so geschieht die Insinuation mittelst Requisition des treffenden Gerichts, und zwar durch unmittelbare Requisition, wenn sie im Inland oder einem nahe gelegenen Bezirk eines deutschen Bundesstaates sich aufhält, außerdem auf diplomatischem Wege.

Die Ladung ist dem Betheiligten selbst zu insinuiren; ist er jedoch in seiner Wohnung nicht zu treffen, so kann sie seiner Ehefrau, seinen mündigen Kindern, oder den

Domestiken (auch Lehrjungen, Commis, Schreibern, Concipienten) zugestellt werden. Im Nothfall wird sie unter Zuziehung zweier Zeugen an die Thüre geheftet. Sobald eine Partei einen Anwalt aufgestellt hat, ist nicht mehr ihr, sondern diesem zu insinuiren. Im Fall eines Litisconsortium muß, so lange noch kein gemeinschaftlicher Anwalt aufgestellt ist, die Ladung jedem Streitgenossen besonders insinuirt werden. Ist die Partei eine juristische Person, so geschieht die Insinuation an ihre Vorsteher, resp. Vertreter. Außer der Wohnung braucht die Ladung ebensowenig angenommen zu werden, als an einem Sonn- oder Feiertag; wird sie indessen angenommen, so läuft wohl auch die Frist vom nächsten Tag an.

Der Beweis der geschehenen Ladung wird in der Regel nicht durch ein von der Partei unterzeichnetes Recepisse (ausgenommen bei der Insinuation von Erkenntnissen), sondern durch einen vom Gerichtsboten gefertigten Botenbuchsextract, welcher fidem publicam hat, geführt. V. O. v. 12 Sept. 1820. Ein solcher wird aber nicht nach jeder Verfügung zu den Acten gebracht, sondern bloß dann, wenn eine Verfügung erlassen werden soll, welche voraussetzt, daß ein früheres Decret richtig insinuirt worden ist.

Wohnt eine Partei nicht am Gerichtssitze, so hat sie einen Insinuationsmandatar daselbst aufzustellen und mit Kostenvorschuß zu versehen, weil er die treffenden Sporteln für die Partei zu entrichten hat. Als Insinuationsmandatar kann auch die königl. Post benannt werden, wenn sie die Sporteln gegen Nachnahme vorschießt.

§. 9.

Wirkung der insinuirten Citation.

Martin, §. 152. Bayer, S. 313.

Die Insinuation der Ladung hat

1) Folgen in Hinsicht auf das Gericht, indem dadurch Prävention und Begründung der Gerichtsbarkeit für die ganze Dauer des Processes bewirkt wird, s. o. cap. I. §. 16.

2) Folgen in Hinsicht auf die Parteien, indem dadurch Litispendenz eintritt, mit folgenden Wirkungen: bei dem Geladenen entsteht mala fides, oder wird wenigstens vom Gesetz als entstanden angenommen; an der streitigen Sache darf nichts mehr innovirt werden (eine Ausnahme bei Provisorien s. o. cap. III. §. 3 Nr. I, 8.); die Extinctivverjährung der Klage und Acquisitivverjährung der Sache wird unterbrochen, Anm. zu cap. VI. §. 1 lit. g; der Beklagte darf Widerklage erheben, selbst wenn der Kläger auf seine Klage verzichtet.

Alle diese Folgen (ausgenommen die Prävention, s. o. l. c.) treten bloß dann ein, wenn die Klage zur Verhandlung mitgetheilt, nicht wenn sie abgewiesen wurde, in welchem Fall nur Interpellation vorhanden ist, insoferne dem Beklagten Nachricht von der Klage ertheilt, und dieselbe nicht definitiv abgewiesen wurde.

§. 10.

Wie gegen Ungehorsame verfahren werde.

Martin, §. 162, 166. Bayer, S. 374, 385.

I. In Bezug auf den Ungehorsam des Beklagten bei Beantwortung der Klage gab es nach der Gerichtsordnung dreierlei Wege:

1) es konnte neuer Termin unter Androhung einer Geldstrafe anberaumt werden;

2) die Klage konnte für abgeläugnet gehalten, Beklagter mit seinen Einreden ausgeschlossen, und Kläger zum Beweis der Klage gelassen werden (d. h. wenn ihn die Beweislast traf);

3) Die Klage konnte für zugestanden erklärt, und Beklagter sofort verurtheilt werden.

Letzteres war bloß dann zulässig, wenn sich die Klage auf briefliche Urkunden gründete, wodurch alle ihre Voraussetzungen als bewiesen erschienen.

Die Novelle von 1819 §. 6 verordnete, daß allemal die zweite obiger Folgen eintreten, und nur beim Ungehorsam von Vormündern, Administratoren des Stiftungs- und Gemeindevermögens und deren Anwälten, dann vom Fiscal der Gegenpartei frei stehen solle, statt jener Folge auf den ersten der obigen Contumacialwege anzutragen, womit bei Androhung der dritten Geldstrafe Anzeige an die vorgesetzte Behörde des Säumigen verbunden werden sollte.

Die Novelle von 1837 §. 18 endlich behielt ebenfalls jene Folge des Ausschlusses mit den Einreden und der negativen Litiscontestation beim Ausbleiben des Beklagten auf die wiederholte (s. o. §. 1 a. E.) Ladung als Regel bei, verordnete jedoch, daß die Klage dann als zugestanden angenommen werden solle, wenn sie vollständig durch Urkunden begründet sey, welche mit der Klage dem Richter im Original oder in beglaubigter Form, dem Beklagten abschriftlich mitgetheilt wurden. Die Bestimmung rücksichtlich der Vormünder u. s. w. wurde daneben beibehalten, nur sollte die Anzeige schon bei Androhung der zweiten Geldstrafe geschehen. §. 23. ib.

Wenn eine der beiden genannten Ungehorsamsfolgen verwirklicht werden soll, muß sie nach §. 18 Abs. 4 l. c. ausdrücklich angedroht worden seyn. Wurde dieß versäumt,

so muß eine neue Ladung mit der Androhung erlassen werden; der Richter haftet für die daraus entstehenden Verzögerungen und Kosten.

Diese Bestimmungen über die Folgen des Ungehorsams des Beklagten gelten sowohl vom ordentlichen (protokollarisch-schlüssigen) Verfahren, als vom Verfahren mit Schriftenwechsel, und vom mündlichen Verhör. Nov. v. 1837 §. 8, s. o. cap. III. §. 3 Nr. I.

II. Im Falle der Kläger ungehorsam ausblieb, gab es nach der G. O. ebenfalls drei Wege:

1) entweder wurde er zur Klage nicht eher wieder zugelassen, bis er dem Beklagten die verursachten Kosten vergütet und cautionem de lite prosequenda prästirt hatte; oder der Beklagte konnte

2) den Beweis sener Einreden antreten, und wenn er gelang, Entbindung von der Klage und Verurtheilung des Klägers (welcher mit der Replik ausgeschlossen wurde,) in die Kosten verlangen; oder er konnte

3) darauf antragen, daß Kläger zur Stellung oder Fortsetzung seiner vermeinten Klage ex lege diffamari bei Vermeidung ewigen Stillschweigens aufgefordert werde.

Dieß erläutert Kreittmayr in den Anm. lit. e. näher dahin: der erste und letzte Weg, wonach Kläger mit seiner Klage contumacirt werde, könne im summarium bei Obergerichten nicht wohl vorkommen, weil hier der Beklagte niemals vorgeladen werde, ohne daß der Kläger vorher seine Klage schriftlich übergeben habe; sey aber dieß geschehen, so könne er allenfalls mit seiner Replik ausgeschlossen (die zweite obiger Folgen), aber nicht mit seiner Klage contumacirt werden. In solchen Fällen dagegen, wo Kläger am Termin erst seine Klage zu produciren habe, was namentlich im ordinarium der Fall (doch konnte es auch im summarium bei Untergerichten vorkommen, da-

her proc. sum. tit. 3 art. 11), könne der Beklagte einen der beiden andern Wege antreten.

Die Novelle von 1819 enthält keine Bestimmung über den Ungehorsam des Klägers.

Nach der Novelle von 1837 §. 7 hat der Ungehorsam des Klägers im mündlichen Verhör eigene Folgen, welche bereits oben zu cap. III. §. 3. Nr. I. angegeben wurden. Sie dürfen, da das mündliche Verhör ein außerordentliches Verfahren ist, nicht analog auf die übrigen Verhandlungsarten, namentlich das protokollarisch-schlüssige und schriftliche ausgedehnt werden; es fragt sich daher, ob bei diesen die Bestimmungen der G. O. noch anwendbar sind.

Daß dieß beim schriftlichen Verfahren nicht der Fall, leuchtet auf den ersten Blick ein. Das erste Decret theilt die schriftlich eingereichte Klage dem Beklagten zur Exception mit, wobei ein Ungehorsam des Klägers nicht stattfinden kann. Erfolgt an diesen im zweiten Decret der Auftrag zur Replik, so wird er eben im Falle des Ungehorsams damit ausgeschlossen, von den andern Contumacialwegs kann hiebei natürlich keine Rede seyn. — Zweifelhafter ist die Sache beim protokollarisch-schlüssigen Verfahren, denn hier wird Kläger wirklich zugleich mit dem Beklagten auf einen Termin zur Verhandlung vorgeladen. — Allein da auch hier der Kläger bereits seine Klage entweder schriftlich eingereicht, oder umständlich zu Protokoll gegeben haben muß, folglich die Voraussetzungen des ersten und dritten Contumacialwegs nicht mehr stattfinden können, da er bloß zu dem Zweck vorgeladen wird, um nach Abgabe der Exception seitens des Beklagten seine Replik vorzutragen, so rechtfertigt sich auch hier bloß die Folge des Ausschlusses mit den Repliken; die Einschlagung eines der beiden andern Contumacialwege hätte hier ebensowenig Bedeutung, als beim schriftlichen Verfahren, da sie in keinem

Verhältniß zu dem Zweck ständen, zu welchem Kläger vorgeladen wird.

Das Nähere über den Ungehorsam hinsichtlich der Replik und Duplik s. u. cap. VI. §. 12, 13.

III. Bleiben Kläger und Beklagter aus, so treten auf keiner Seite Rechtsnachtheile ein (terminus circumductus).

§. 11.

Von dem Contumacialerkenntnisse, seinen Requisiten und Wirkungen.

Das Contumacialerkenntniß setzt voraus, daß das zu verwirklichende Präjudiz in den Fällen, wo dieß gesetzlich vorgeschrieben ist, angedroht, dann daß die Ladung richtig insinuirt wurde, und daß die peremtorische Frist abgelaufen ist. Der Ausspruch erfolgt entweder allein in einem einfachen Decret, oder, soferne die Sache zu einem Erkenntniß reif, in Verbindung mit diesem. Die Gegenpartei muß zuvor Ungehorsamsbeschuldigung eingereicht haben, ausgenommen wenn die ungehorsame Partei die Handlung nach Ablauf der vorgesteckten Frist vornimmt, ohne die ausdrückliche Einwilligung der Gegenpartei beizubringen, in welchem Fall sie ex officio zurückgewiesen wird. — Novelle von 1837 §. 29. Das Contumacialerkenntniß kann nicht mehr zurückgenommen werden, der Richter müßte sich denn überzeugen, daß seine Voraussetzungen nicht vorhanden waren. Die Bestimmung Nr. 7 der G. O., wonach jene Zurücknahme auch dann zulässig war (ohne daß es einer Restitution bedurfte), wenn der condemnirte Theil bescheinigte, daß er weder den Auftrag befolgen, noch um Fristverlängerung nachsuchen konnte, ist durch die Novelle von 1837 §. 38 aufgehoben; es kann in diesem Fall bloß durch Restitution geholfen werden, s. u. cap. XVI. §. 1.

Sechstes Capitel.

Von der Kriegsbefestigung oder litis contestatio, Exception, Replik und Duplik, dem weitern Schriftenwechsel und den Terminen.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Kriegsbefestigung sey.

Martin, §. 153, 156. Bayer, S. 319, 335.

Wenn der Gesetzgeber Litiscontestation die Antwort des Beklagten auf die Klage nennt, aus welcher deutlich und genügend erkannt werden könne, was der Beklagte dem Kläger in der Hauptsache einräume oder widerspreche, so ist dieß mit der Beschränkung aufzufassen, daß weiter daraus hervorgehe, Beklagter wolle es auf den Streit ankommen lassen. Denn besteht die ganze Antwort des Beklagten in nichts als in einer vollständigen Einräumung der Klage, so ist keine Streitbefestigung vorhanden, und es bedarf keines Urtheils.

Die G. O. führt drei Eintheilungen der Litiscontestation auf, *vera* und *ficta*, *solennis* und *minus solennis*, *pura* und *eventualis*. Von letzterer wird in den folgenden §§. die Sprache seyn; Beispiele einer ficta l. c. kamen bereits oben cap. V. §. 10 vor. Die solennis hieß auch *specialis*, die minus solennis — *generalis*. Jene bestand nämlich darin, daß man alle einzelnen Punkte oder Artikel

der Klage entweder bejahungs- oder verneinungsweise beantwortete, — diese darin, daß man die Klage und die darin vorgetragenen Thatsachen nur überhaupt, wie sie angebracht waren, widersprach oder eingestand. Die erstere Art der Litiscontestation war bloß bei dem processus ordinarius gebräuchlich, kam also mit diesem selbst außer Gebrauch.

Die zweite sollte zwar ebenfalls so eingerichtet seyn, daß daraus hervorgehe, was und wie viel man von der Klage eingestehe oder widerspreche, — allein die Außerachtlassung dieser Vorschrift hatte bloß die Folge, daß der Beklagte durch einen Vorbescheid aufgefordert wurde, sich näher und förmlicher über die übergangenen Punkte zu erklären (Anm. lit. e), auch galt auf einen generellen Widerspruch hin jeder einzelne Punkt der Klage als widersprochen.

Durch die Novelle von 1837 wurde dieß abgeändert. Dieselbe verordnet nämlich in §. 19: der Beklagte hat in jedem Verfahren in der Antwort auf die Klage die vorgetragenen der Klage zum Grunde liegenden Thatumstände, welche er widersprechen will, ausdrücklich zu bezeichnen und verneinend zu beantworten. Jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand wird für zugestanden angenommen. Der allgemeine Widerspruch hat keine rechtliche Wirkung.

Ueber diese Folgen des Nichtantwortens, oder des nicht bestimmten, oder nicht vollständigen Antwortens sind die Parteien beim Beginne der Verhandlung ausdrücklich zu belehren, widrigenfalls heilbare Nullität entstünde. §. 9. Abs. 1. §. 17. lit. d. ib.

Die Wirkungen der Litiscontestation sind nach bayerischem Recht folgende: die Klage geht auf und gegen die Erben über, auch wenn sie sonst diese Eigenschaft nicht hätte; sie kann nicht mehr cedirt werden, mutatio libelli ist nicht mehr statthaft, wer als Besitzer belangt wurde,

und litem contestirte, haftet als fictus possessor, er müßte denn vor dem Urtheil noch auctorem nominiren, s. u. cap. VIII. §. 3. Die Perpetuirung der Temporalklagen dagegen tritt schon mit der Insinuation der Ladung ein cap. V. §. 9.

§. 2.

Alle exceptiones müssen auf einmal angebracht werden.

Martin, §. 95 fg. 157. Bayer, S. 340.

Die Frage, was eine Einrede sey, findet im Gesetzbuche selbst keine Beantwortung. Die Anmerkungen lit. b geben davon folgende Definition: man verstehe darunter die in den Rechten gegönnten Mittel, wodurch wir die wider uns angestellte Klage in via juris abzulehnen suchen. Werde die Klage gänzlich abgelehnt, so heiße die Einrede eine peremtorische, wenn nur auf eine Zeit, eine dilatorische. Die Mangelhaftigkeit dieser Definition kann Niemanden entgehen, auch werden an verschiedenen Stellen (z. B. Anm. lit. a zu §. 6.) Einwendungen des Beklagten als Einreden aufgeführt, welche nichts als eine negative Litiscontestation, oder eine rechtliche Gegendeduction enthalten. Auf die Sache selbst sind indessen diese Verstöße ohne Einfluß geblieben, und da hierin das bayerische Recht vom gemeinen nicht im Geringsten abweicht, so kann, was den Begriff der Einrede und ihren Unterschied von der negativen Litiscontestation betrifft, auf die gemeinrechtlichen Lehren verwiesen werden.

In der Vernehmlassung auf die Klage muß der Beklagte regelmäßig die Lititscontestation und sämmtliche ihm zu Gebote stehende dilatorische und peremtorische Einreden vortragen, die erstere bei Vermeidung des auf die Nichtbeantwortung der Klage gesetzten Rechtsnachtheils (cap.

V. §. 10.), die beiden letzteren bei Vermeidung der Präclusion. Diese Folgen treten beim schriftlichen Verfahren mit dem Ablauf der zur Abgabe der Exceptionsschrift vorgesteckten Frist; beim protokollarisch-schlüssigen Verfahren mit dem Augenblick ein, wo dem Kläger das Wort zum Vorbringen der Replik ertheilt ist, wenn auch hiezu neue Tagsfahrt anberaumt wird. S. u. §. 8.

§. 3.

Ausnahme von dieser Regel.

Martin, §. 155. Bayer, S. 365.

Die im vorigen §. angegebene Regel, daß der Beklagte mit den Einreden die Litiscontestation zu verbinden habe, erlitt nach der G. O. eine dreifache Ausnahme, indem er sich auf den Streit nicht einzulassen brauchte (auch nicht eventuell), wenn er eine gerichtsablehnende Einrede, oder die exceptio spolii aut litis finitae (rei judicatae, transactae, renunciatae, praescriptae), oder eine Präjudicialeinrede (soferne sie Gegenstand eines eigenen Processes seyn konnte, z. B. Fragen über den status) vorschützte. Die Zahl dieser von der Litiscontestation befreienden Einreden wurde durch die Novelle von 1819 §. 8. noch um die gegen Ausländer zulässige Einrede der mangelnden Caution vermehrt.

Dieß ist durch die Novelle vom 1837 §. 24—28 abgeändert worden. Der Beklagte darf hiernach die Einlassung bloß dann verweigern, wenn er eine gerichtsablehnende Einrede vorzubringen hat, und muß selbst mehrere gerichtsablehnende Einreden bei Strafe des Ausschlusses mit einander vorbringen. Wird die gerichtsablehnende Einrede als ungegründet verworfen, so ist neuer Termin zur Beantwortung der Klage anzuberaumen, der Beklagte wird im Fall

befundenen Muthwillens mit Geldstrafe von 5 — 50 fl. belegt.

Alle proceßhindernden (exc. spolii, litis finitae) und präjudiciellen Einreden müssen bei Strafe des Ausschlusses auf einmal vorgebracht, auch muß mit ihnen eventuell die Streiteinlassung und das Vorbringen aller übrigen Einreden, welche der Beklagte zu haben glaubt, unter dem Rechtsnachtheile verbunden werden, daß im Falle der Verwerfung jener erstgenannten Einreden die Rechtsnachtheile des Nichtbeantwortens der Klage eintreten würden.

§. 4.

Dilatorische exceptiones soll man vor andern erledigen.

Sind die factischen Voraussetzungen einer dilatorischen Einrede bei ihrem Vorschützen sofort nachgewiesen, so soll der Richter den Beklagten nicht anhalten, in der Hauptsache weiter zu verfahren, sondern sogleich das Geeignete verfügen, damit der Mangel gehoben werde; außerdem wird die Sache verhandelt, und im ersten Urtheil auch über jene Einreden entschieden, soferne Beklagter nicht auf sie verzichtet. Ein solcher Verzicht ist jedoch wirkungslos, sofern es sich um Mängel handelt, welche der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen hat.

§. 5.

Von dem Rechte zu excipiren, und ob sich dieses auf Dritte erstrecke.

Martin, §. 96. Bayer, S. 361.

Mit der Bestimmung der G. O., daß wer ein jus agendi habe, um so mehr ein jus excipiendi habe, steht nicht im Widerspruch, daß die Exception in manchen Pro-

ceßarten nicht vorgeschützt werden kann, z. B. im Executivproceß. Das jus excipiendi erstreckt sich in der Regel auf Erben, Nachkommen und Bürgen, d. h. die meisten exceptiones sind rei cohaerentes; die Frage, welche exceptiones ausnahmsweise zu den personae cohaerentes gehören, ist aus dem jeden Orts geltenden Civilrechte zu beantworten; ebenso die weitere, wenn eine exceptio ex jure tertii außer den in der G. O. aufgeführten Fällen (wenn durch die Einrede das Klagrecht des Klägers ganz aufgehoben wird, wenn der Dritte gegen den Beklagten mit der Zeit den Regreß suchen kann, und wenn der Beklagte den Dritten zu vertreten hat,) Platz greife, wobei nur bemerkt wird, daß die meisten von den in den Anm. lit. c — f hiezu aufgezählten Beispielen keine exc. ex jure tertii, sondern ex jure proprio enthalten.

§. 6.

Von dem Beweise der Exception.

Martin, §. 96. Bayer, S. 359.

Die Vorschrift der G. O., daß Beklagter seine Einreden zu beweisen habe, gilt natürlich nur von wirklichen Einreden, nicht von den abusive so genannten, von welchen manche bloß eine negative Litiscontestation enthalten, wie die exc. deficientis legitimationis, exc. rei non sic, sed aliter gestae, andere bloß eine rechtliche Deduction gegen die Klage, z. B. die exc. obscuri libelli. Bei dilatorischen Einreden ist der Nachweis sofort unter Präfigirung einer kurzen Frist zu verlangen, aber nur dann, wenn sie nicht in materialia causae selbst eingehen, in welchem Fall im Urtheil über sie mit entschieden wird.

§. 7.

Wer excipirt, bekennt nicht.

Martin, §. 96. Bayer, S. 364.

Nachdem durch die Novelle von 1837 das Erforderniß des speciellen Widerspruchs eingeführt worden ist, gilt der Satz: qui excipit non fatetur nicht mehr in dem ihm von der G. O. beigelegten Sinne, wonach es für kein Zugeständniß gehalten wurde, wenn Beklagter sich über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen gar nicht erklärte, oder dahin äußerte, er lasse ihre Wahrheit dahin gestellt seyn, sondern er bedeutet heutzutage bloß so viel, daß jemand Einreden vorbringen darf, welche seiner Antwort auf die Klage zu widersprechen scheinen, z. B. die exceptio solutionis neben negativer Litiscontestation.

§. 8.

Innerliche und äußerliche Form der Exceptionsschrift.

Martin, §. 159. Bayer, S. 371.

In Bezug auf die innern Requisite gelten im Allgemeinen dieselben Bestimmungen, wie bei der Klage, s. o. cap. IV. §. 7, z. B. über causa excipiendi specialis und generalis. Was die Ordnung betrifft, so sind zuerst die dilatorischen Einreden, hierauf die Litiscontestation, sodann die peremtorischen Einreden vorzutragen.

Nach der Gerichtsordnung mußte die Antwort des Beklagten schriftlich übergeben werden, und dieß ist auch heutzutage noch beim schriftlichen Verfahren der Fall, wobei rücksichtlich der äußern Form die o. cap. IV. §. 10 angegebenen Regeln zur Anwendung kommen. Was dagegen die Form der Exception und überhaupt der Verhandlung in dem die Regel bildenden protokollarisch-schlüssigen Verfahren betrifft, so bestimmt hierüber die Novelle von 1837 §. 17 folgendes:

Die schriftlich überreichte, oder umständlich zu Protokoll genommene Klage wird dem Beklagten im Duplicat resp. in Abschrift hinausgeschlossen, und wenn sie für zulässig befunden wird, Termin zur Verhandlung anberaumt. Der Kläger wird hiezu unter dem Präjudiz des Ausschlusses mit der Replik, falls der Beklagte seine Exception abgebe, der Beklagte das erstemal dilatorisch, das zweitemal unter dem Präjudiz des Ausschlusses mit seinen Einreden und der Annahme der negativen resp. nach Umständen affirmativen (s. o. cap. V. §. 10) Litiscontestation vorgeladen. Erscheinen an dem Termine für die Parteien oder mit ihnen Rechtsanwälte, so wird vom Anwalt des Beklagten die Exception zu Protokoll dictirt, hierauf vom klägerischen Anwalt die Replik u. s. f.

Erscheinen dagegen die Parteien, oder eine derselben ohne Anwalt, so hat sie der Richter vor allem über die Folgen des Nichtantwortens und nicht bestimmt oder vollständig Antwortens ausdrücklich zu belehren, und sodann die Erklärungen der Parteien in der Ordnung, wie sie der Proceß mit sich bringt, also zuerst Exception, dann Replik u. s. f. zu Protokoll zu nehmen. Dabei hat er sich aus den Erzählungen der Parteien, deren Lücken durch sachgemäße Fragen zu ergänzen sind, eine klare Uebersicht von den Vertheidigungsmitteln des Beklagten und den Verfolgungsmitteln des Klägers zu verschaffen; namentlich ist vom Beklagten bestimmte Erklärung zu verlangen, ob er die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen einräume oder nicht, und was er ihnen entgegensetze, und ebenso vom Kläger hinsichtlich der Einreden und einer allenfallsigen Widerklage.

Der ganze Rechtsstreit muß in der anberaumten Tagsfahrt vollständig verhandelt werden, ausgenommen wenn die Exception thatsächliche Behauptungen enthält, welche Kläger

nicht wohl sofort beantworten kann, in welchem Falle Termin zur Schlußverhandlung nicht über 14 Tage hinaus angesetzt werden darf.

Statt des mündlichen darf zwar auch schriftlicher Recess von beiden Theilen zu Protokoll eingelegt oder übersendet werden, erscheint aber die Partei nicht persönlich, so wird sie mit späteren Handlungen, welche sie etwa noch treffen, wie Duplik, Triplik präcludirt.

§. 9.

Officium judicis in Supplirung unterlassener Exceptionen.

Martin, §. 96. Bayer, S. 359.

Daß der Richter Einreden des Beklagten berücksichtigen muß, auch wenn derselbe sie nicht mit dem technischen Ausdruck bezeichnet, sondern bloß die factischen Voraussetzungen, auf welche sich solche gründen, in der Absicht anführt, sich dadurch zu vertheidigen, ist eine aus der Natur der Sache und aus dem Wesen des Richteramtes folgende Regel, welche nicht bloß im bayerischen (G. O.: „die Einrede darf *in jure* ersetzt werden“), sondern auch im gemeinen Rechte gilt. Ebenso verhält es sich mit Einreden, deren Außerachtlassung große Unförmlichkeiten, oder gar unheilbare Nullität nach sich zöge.

Allein die Gerichtsordnung geht noch einen bedeutenden Schritt weiter („die Einrede darf *in facto* ersetzt werden“), und befiehlt dem Richter auch solche Einreden zu berücksichtigen, welche der Beklagte nicht einmal ihren factischen Voraussetzungen nach zu seiner Vertheidigung vorgeschützt hat, soferne sie nur aus den Acten so klar hervorgehen, daß sie keines weiteren Beweises bedürfen. Dieß gilt nach den Anmerkungen lit. a nicht bloß von Einreden, die im jus commune ihren Grund haben, z. B. exc. solutionis,

compensationis, sondern sogar von solchen, welche in einem singulären Rechtssatze begründet sind, z. B. exc. sc. Macedoniani, ordinis.

Diese Bestimmung widerspricht einem der Grundgedanken, auf welchen der bayerische Proceß beruht, der Verhandlungsmaxime (s. o. cap. III. §. 1. Nro. III.), sie ist deßhalb als eine Ausnahme strictissime zu interpretiren; namentlich findet sie dann keine Anwendung, wenn aus den Acten hevorgeht, daß der Beklagte die Vorschützung der Einrede nicht aus Unwissenheit, sondern aus Verzicht unterlassen habe. Eben so muß, wenn auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit sich annehmen läßt, daß dem Kläger eine Replik zustehen könnte, die Supplirung unterlassen oder wenigstens vor der Urtheilsfällung dem Kläger zum nachträglichen Vorbringen seiner etwaigen Repliken Gelegenheit gegeben werden, vergl. G. O. cap. XIV. §. 2. Nro. 3.

Eine vom Gesetz selbst beigefügte Beschränkung liegt darin, daß durch Ergänzung der Einrede für den Beklagten das Urtheil nicht günstiger ausfallen darf, als er es selbst verlangt, was freilich nie der Fall seyn kann, wenn er das Gesuch um Entbindung von der Klage (sey es auch aus ganz andern Ursachen) stellt; dagegen darf aus diesem Grunde eine verjährte oder präcludirte Klage nicht a limine zurückgewiesen werden. Die Supplirung muß ferner unterlassen werden, wenn der Beklagte wegen Ungehorsams sämmtlicher Einreden für verlustig erklärt worden ist. Endlich können solche Einreden nicht ergänzt werden, deren Wirksamkeit in den Gesetzen ausdrücklich davon abhängig gemacht ist, daß der Beklagte sie wirklich vorschützt.

§. 10.

Wie die exceptiones verloren gehen.

Martin, §. 97. Bayer, S. 361.

Ob eine Einrede verworfen sey, wird in der Regel aus den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses hervorgehen; dabei ist zu unterscheiden, ob die Einrede gänzlich verworfen wurde, oder bloß im Verhältniß zur klägerischen Forderung, z. B. wegen Illiquidität. Bloß im ersten Fall kann sie nicht mehr benützt werden. Als gänzlich verworfen muß sie aber auch dann angesehen werden, wenn das Erkenntniß gar keine Rücksicht auf sie nimmt, und ganz von ihr schweigt.

Die gemeinrechtliche Controverse, ob eine Einrede, welche auch klagsweise hätte angebracht werden können, durch Verjährung verloren gehe, ist für das bayerische Recht durch die G. O. bejahend entschieden. Außerdem gehen Einreden noch durch Verzicht und Präclusion verloren. In letzterer Rücksicht kennt das bayerische Recht keine privilegirten Einreden.

§. 11.

Was der Richter nach abgegebener Antwort zu thun habe.

Martin, §. 161. Bayer, S. 371.

Gesteht der Beklagte den Anspruch des Klägers unumwunden zu, ohne eine Einrede dagegen vorzubringen, so wird kein Erkenntniß erlassen, sondern ausgesprochen, daß es bei dem Zugeständnisse des Beklagten sein Bewenden habe, und auf Antrag des Klägers Zahlungsbefehl unter Androhung der Execution ertheilt.

Läugnet der Beklagte die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen, ohne eine Einrede vorzuschützen, so ist so-

fort durch Interlocut dem Beweispflichtigen der Beweis aufzulegen. Wenn die G. O. als solchen den Beklagten nennt, so ist dieß offenbar ein Versehen, da gerade umgekehrt die Beweislast in diesem Fall regelmäßig den Kläger trifft. Bringt der Beklagte eine Einrede vor, so wird der Kläger zum Repliciren aufgefordert.

§. 12.

Von der Replik.

Martin, §. 163, 164. Bayer, S. 382.

Ueber die Replik gelten im Ganzen dieselben Grundsätze, wie über die Exception. Die Einreden (nicht die Litiscontestation, z. B. abweichende Geschichtserzählung) müssen speciell widersprochen werden, indem jeder nicht widersprochene Umstand für zugestanden erachtet wird. Gänzlicher Ungehorsam hat die Folge, daß Kläger mit seinen eigentlichen Repliken ausgeschlossen, die Erceptionen dagegen als widersprochen betrachtet werden, und daher bewiesen werden müssen. Nur wenn sie sogleich durch Urkunden liquidirt werden, gelten sie für zugestanden, sofern die Urkunden zuvor dem Kläger abschriftlich mitgetheilt wurden. Ist dieß nicht geschehen (was im protokollarisch-schlüssigen Verfahren regelmäßig der Fall seyn wird), so muß neuer Termin zur Abgabe seiner Erklärung auf die ihm nunmehr mitzutheilenden Urkunden anberaumt werden. Nov. v. 1837 §. 20 u. 21.

§. 13.

Von der Duplik.

Martin, §. 167. Bayer, S. 388.

Ueber die Duplik gilt dasselbe wie über die Replik, nur weicht die G. O. vom gemeinen Rechte insofern ab, als nach ihr Beklagter allemal zur Duplik zugelassen wer-

den muß, wenn Kläger replicirte, er mag eigentliche Repliken vorgebracht haben oder nicht. Unterlassene Einreden dürfen nur ex capite novorum nachgetragen werden, was Beklagter auf Verlangen eidlich erhärten muß. Vgl. u. cap. XIII. §. 6.

§. 14.

Von der Triplik, Quadruplik und dem weiteren Schriftenwechsel.

Martin, §. 170. Bayer, S. 390.

Die Bestimmungen über Replik und Duplik finden auch auf die weitern Proceßhandlungen, soferne solche im ersten Verfahren in Folge außerordentlicher Umstände ausnahmsweise nothwendig werden sollten, Anwendung. Nov. von 1837 §. 22.

§. 15.

Uebergabe und Insinuation der Schriften.

Die Insinuation wird nicht mehr von den Parteien, sondern vom Gericht besorgt, s. o. cap. V. §. 8.

Die gerichtlichen Kosten (Taxen, Stempel, Insinuationsgebühr) hat für jede Verfügung die Partei vorzuschießen, welche sie veranlaßt; für solche Decrete, welche von Amtswegen erlassen werden, der Kläger.

§. 16.

Von Terminen ad excipiendum, re — vel duplicandum.

Martin, §. 119, 308. Bayer, S. 269.

Ueber Fristen und Termine enthält nunmehr die Novelle von 1837 §. 29—39 ausführliche Bestimmungen. Es gelten nach diesem Gesetz in Verbindung mit den Vorschriften der Gerichtsordnung, so weit denselben nicht derogirt worden ist, über Fristen und Termine über-

haupt (nicht bloß über die im ersten Verfahren) folgende Regeln.

Alle Fristen und Termine sind kraft des Gesetzes peremtorisch, d. h. ihre Versäumung ist mit einem Präjudiz in der Sache selbst verbunden, ausgenommen die erste bloß monitorische (dilatorische) Ladung des Beklagten (nicht des Klägers) zur Klagsbeantwortung. Wo indessen das Gesetz die ausdrückliche Androhung des Präjudizes vorschreibt, da gehört zur Verwirklichung desselben auch die geschehene Androhung. Im ersten Verfahren ist sie durch §. 18 der Nov. von 1837 ausdrücklich für die peremtorische Ladung des Beklagten zur Klagsbeantwortung angeordnet. Dasselbe gilt wohl auch für die Ladung zur Replik und Duplik, denn §. 20 derselben Novelle spricht aus, daß hinsichtlich der Folgen des Ungehorsams in Beziehung auf die Replik und Duplik die Bestimmungen des §. 18 analog zur Anwendung kommen, und es ist kein genügender Grund vorhanden, jene Bestimmung über die ausdrückliche Androhung des Rechtsnachtheils von der analogen Anwendung auszuschließen. Ueber die Bedingungen der Erlassung eines Contumacialerkenntnisses s. o. cap. V. §. 11.

Die Länge der Fristen beträgt beim schriftlichen Verfahren regelmäßig 30 Tage; auf eben so lange hinaus ist der Termin zur Verhandlung einer Klage im protokollarisch schlüssigen Verfahren zu setzen. Bleibt der Beklagte aus, so ist neuer Termin auf 8 bis 14 Tage hinaus anzuberaumen (G. O. cap. V. §. 11 Nr. 2); wird die Tagsfahrt in diesem Verfahren verlegt, so geschieht es auf höchstens 14 Tage (Nov. von 1837 §. 17 lit. e). Ueber die Fristen im mündlichen Verhör wurde bereits oben cap. III. §. 3 Nr. I. gesprochen. Noch gibt es einige Streitsachen, bei welchen in abgekürzten Terminen und Fristen verhandelt werden muß, nämlich bei Sponsaliensachen V. O. vom 2 Mai 1806, Berg-

sachen V. O. vom 14 Sept. 1809, Bierschuldforderungen V. O. vom 25 April 1811, Ehestreitigkeiten der Protestanten Rescr. vom 15 Oct. 1813, Postrechtssachen V. O. vom 31 Jul. 1817. Dasselbe gilt von Incidentsachen. Uebrigens können die Parteien über längere oder kürzere Fristen, als die gesetzlich vorgeschriebenen (mit Ausnahme der Fatalien) mit einander übereinkommen, der Richter dagegen darf keine kürzeren bestimmen. Die Frist läuft vom nächsten Tag nach der Insinuation bis zum Schluß des letzten Tages (d. h. der Gerichtszeit); ist dieser ein Feiertag, des nächstfolgenden Werktages.

Will eine Partei um Verlängerung der Frist nachsuchen, so muß dieß vor Ablauf derselben geschehen, außerdem das Gesuch nicht mehr berücksichtigt würde. Die Bitte um Verlegung einer Tagsfahrt muß überdieß bei Vermeidung des Kostenersatzes so frühzeitig angebracht werden, daß der Gegner noch zu rechter Zeit davon in Kenntniß gesetzt werden kann.

Wird das erstemal um Fristverlängerung oder Terminsverlegung nachgesucht, so muß ein unverschuldetes in der Person der Partei, oder des Anwaltes, oder in der Sache selbst liegendes Hinderniß glaubwürdig dargelegt werden, d. h. weiter nichts, als das Vorbringen darf nicht unwahrscheinlich seyn. Das zweitemal muß ein solches Hinderniß hinlänglich bescheinigt werden, wodurch der Partei und ihrem Anwalt das Handeln oder Erscheinen bedeutend erschwert wird. Das dritte und überhaupt bei ferneren Malen muß ein unverschuldetes Hinderniß bewiesen werden (nach den gewöhnlichen Regeln über Beweisführung, also nicht durch Erbieten zum Eid), wodurch dem Gesuchsteller das Handeln beziehungsweise Erscheinen bei der Verhandlung in eigner Person ebenso, wie die Bestellung und Unterrichtung eines Bevollmächtigten, oder wodurch dem unterrichteten Bevollmächtigten das Handeln resp.

Erscheinen in Person oder durch einen Substituten unmöglich gemacht, oder wodurch die Erlangung der erforderlichen Aufklärung oder Beweismittel des angewendeten größten Fleißes ungeachtet verzögert wird.

Das erstemal kann der Richter das Gesuch, soferne die Voraussetzungen vorhanden sind, ohne weiters gewähren, muß aber die Ursache im Decret ausdrücklich anführen; vom zweitenmal an muß es der Gegenpartei zur Abgabe ihrer Erklärung binnen kurzer Frist mitgetheilt werden. Erklärt sie sich nicht, so gilt das Gesuch als bewilligt; macht sie Einwendungen binnen der vorgesteckten Frist, so hat der Richter unter Beifügung kurzer Gründe zu entscheiden. Stillschweigende Bewilligung von Seite des Gerichts findet nie statt.

Wird die Verlängerung bewilligt, so läuft die neue Frist vom Ausgang der früheren an. Bei dem Vorhandenseyn von Hindernissen, welche ein drittes Fristengesuch begründen, kann Verlängerung auf so lange gesucht und bewilligt werden, als die Unmöglichkeit, selbst zu handeln, und einen Bevollmächtigten zu stellen und zu unterrichten andauert, oder so lange weder der unterrichtete Bevollmächtigte resp. dessen Stellvertreter handeln, noch der hievon in Kenntniß gesetzte Vollmachtgeber einen andern Bevollmächtigten unterrichten kann, oder so lange das der Erlangung von Aufklärung oder von Beweismitteln entgegenstehende Hinderniß nicht beseitigt ist. Hängt diese Beseitigung nicht vom Gesuchsteller, sondern von äußern Umständen ab, und ist deren Ende ihrer Natur nach nicht abzusehen, so hat das Gericht nach Vernehmung der Parteien und nach sorgfältiger Erwägung aller Verhältnisse zu entscheiden, ob und wie der Sache gleichwohl Fortgang zu verschaffen, oder ob dem Processe zur Zeit Stillstand zu geben sey. Nur muß im letzteren Fall eine wirkliche Hebung des Hindernisses in

Aussicht stehen, außerdem kann die Gegenpartei Fortsetzung und Beendigung der Sache verlangen, und der Andere mag sich, wenn hinterher das Hinderniß doch beseitigt wird, restituiren lassen.

Wird das Gesuch nicht bewilligt, so wird das erstemal demohngeachtet neue Frist oder Termin anberaumt, und Gesuchsteller um 5 bis 10 fl. gestraft, vom zweitenmal an dagegen tritt die Folge des Ungehorsams ein, mit deren Ausspruch nach Umständen das Urtheil in der Sache selbst zu verbinden ist.

Ueberdieß werden den Advocaten die Ansätze für ungegründete Gesuche zum Besten des Pensionsfondes für die Hinterlassenen der Advocaten des Königreichs gestrichen, vorbehaltlich weiterer Disciplinarstrafe im Falle des Muthwillens. Auch die Gerichte, welche ein drittes oder weiteres Fristengesuch ungegründeter Weise bewilligen, verfallen in eine Strafe von 5 bis 50 fl., welche vom Obergericht sowohl auf Anzeige der Parteien, als von Amtswegen verfügt werden kann.

Siebentes Capitel.

Von der Legitimation und Vollmacht.

§. 1.

Wann die Legitimation erforderlich sey.

Martin, §. 76. Bayer, S. 224.

Wer vor Gericht stehen kann (s. o. cap. III. §. 6), darf sich auch selbst vertreten, wenn er die Geschicklichkeit hat, seine Sache vorzutragen; ist dieß nicht der Fall, so bedarf er eines Anwaltes. Zwar bestimmt die Novelle von 1837 §. 9 und 17, daß der Richter durch Fragen der Partei zu Hülfe zu kommen und sich dadurch ein klares Bild von der Sache zu verschaffen habe; allein ist die Partei nicht im Stande, sich dem Richter verständlich zu machen, so kann er von ihr verlangen, daß sie einen Anwalt beiziehe.

Umgekehrt kann sich jeder regelmäßig vor Gericht durch einen andern vertreten lassen. Die Bevollmächtigung zu dieser Vertretung kann auch nach bayerischem Recht außergerichtlich und mündlich, ja selbst stillschweigend durch concludente Handlungen wirksam geschehen; die Gerichte sind indessen durch das Gesetz angewiesen, vom Stellvertreter einen Nachweis der Bevollmächtigung zum Processe (Legitimation) zu verlangen, und dieser Nachweis wird regelmäßig durch eine Urkunde (Vollmacht) geliefert.

In Bezug auf den Unterschied zwischen dieser legitimatio *ad processum* von der legitimatio *ad causam* kann

auf die Lehren des gemeinen Rechts verwiesen werden, da das bayerische Recht in der Sache ganz mit demselben übereinstimmt, obgleich die Anm. lit. d die gemeinrechtliche leg. ad processum — leg. ad causam, die leg. ad causam — leg. personae nennen. Doch bemerken sie ganz richtig, daß letztere ad materialia causae gehöre, und in der Hauptsache selbst den Ausschlag gebe, während jene ad formalia processus gehöre. Bloß von dieser Proceßvollmacht ist im gegenwärtigen Capitel die Rede.

Ueber die am Schlusse dieses Paragraphen in der G. O. noch erwähnten Insinuationsmandatare s. o. cap. V. §. 8.

§. 2.

Wie die Vollmacht beschaffen seyn müsse.

Martin, §. 76. Bayer, S. 201.

In der Vollmacht soll derjenige, welcher sie ertheilt, der Bevollmächtigte und die Gegenpartei mit Namen benannt seyn; ferner muß die Streitsache, und das Gericht, wo sie anhängig ist, oder anhängig gemacht werden soll, und das Datum angegeben seyn; endlich muß sie, wenn der Aussteller nicht siegelmäßig ist, gerichtlich errichtet werden. Dieß geschieht bei dem Gerichte des Wohnorts oder beim Proceßgerichte. Hält sich indessen ein Ausländer, welcher einen Proceß in Bayern führt, vorübergehend im Inlande auf, so kann er die Vollmacht an dem Gerichte des Aufenthaltsortes fertigen lassen, nur muß er natürlich die Identität seiner Person nachweisen. Stellt er die Vollmacht im Auslande aus, so muß er sie gerichtlich legalisiren lassen; im Falle dieß durch einen Notar geschieht, muß dessen Eigenschaft gerichtlich beglaubigt seyn; walten Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit ob, so ist die Bestätigung durch die höheren Landesstellen oder die bayerische Gesandtschaft einzuholen. V. O. vom 6 April 1805.

Streitgenossen haben in der Regel einen gemeinschaftlichen Anwalt aufzustellen (wenn sie in Einem Libell klagen resp. belangt werden, s. o. cap. IV. §. 9 Nr. 2), ausgenommen wenn sie verschiedene Vertheidigungsmittel haben, oder gar in ihren Interessen collidiren.

§. 3.

Wer Vollmacht geben kann.

Vollmacht kann ertheilen, wer selbständig Proceß führen kann. Der Bevollmächtigte selbst kann nur dann einen Dritten bevollmächtigen, wenn ihm die Substitutionsbefugniß ausdrücklich eingeräumt ist.

Ertheilt ein Vormund Vollmacht, so hat er außer seiner Legitimation als Vormund auch den Streitconsens der obervormundschaftlichen Behörde nachzuweisen.

§. 4.

Wem man Vollmacht geben könne.

Martin, §. 72, 75. Bayer, S. 199.

Es ist zu unterscheiden zwischen einem Stellvertreter (Procurator, Anwalt im Sinne der G. O.) und einem Advocaten. Jener vertritt die Partei bei denjenigen Handlungen, welche sie, ohne Rechtskenntnisse zu besitzen, selbst vornehmen konnte, dieser leistet ihr durch seine Rechtskenntnisse Beistand, sey es indem er Schriften für sie verfaßt, sey es indem er mündlich für sie recessirt.

Als Stellvertreter kann in der Regel jedermann bei Gericht gebraucht werden, einerlei ob er zu der Partei in einem näheren Verhältniß steht oder nicht. Ausgeschlossen hievon sind diejenigen, welchen es an hinreichendem Verstande oder an Geschicklichkeit mangelt; Curatelmäßige und Personen unter 20 Jahren; solche, welchen die Anwaltschaft wegen verübter Ungebühr bereits niedergelegt worden ist; geistliche

Ordenspersonen ohne Consens ihrer Obern; Frauen, ausgenommen in Sachen ihrer Verwandten; Beamte ohne höhere Erlaubniß (auch bei Verwandten s. o. cap. II. §. 2). Die in der G. O. weiter aufgeführte Ausnahme wegen Ehrlosigkeit ist heutzutage weggefallen, da es nach dem Strafgesetzbuch keine Ehrlosigkeit im Sinne der G. O. mehr gibt, die Unfähigkeit zu Staats- und Ehrenämtern aber nicht auch die Unfähigkeit zu dem Privatgeschäft der Procuratie involvirt.

Als Advocat dagegen kann nicht jedermann bei Gericht gebraucht werden, sondern bloß eine vom Staate dazu aufgestellte Person. Daher kann auch ein Procurator für seinen Principal nicht solche processualische Handlungen vornehmen, welche zu dem Geschäfte eines Advocaten gehören, d. s. aber alle Handlungen, wozu besondere Rechtskenntnisse nothwendig sind, namentlich das Abfassen von Schriften, und das mündliche Recessiren. Thut er es dennoch, so macht er sich einer Winkelagentie schuldig. S. o. cap. II. §. 8 und die im Eingang daselbst bemerkte Modification.

Die Bestimmung der G. O., daß mehrere Anwälte in derselben Sache nur substitutionsweise aufgestellt werden können, findet auf Advocaten keine Anwendung (vergl. o. cap. II. §. 5), soferne ihnen nicht zugleich die Function von Stellvertretern übertragen wird.

§. 5.

Von dem präsumirten oder quasiprocuratore.

Martin, §. 77. Bayer, S. 227.

Von einer präsumtiven Vollmacht ist dann die Sprache, wenn jemand für einen Andern vor Gericht als Stellvertreter auftreten darf, ohne sich sofort als solcher legitimiren zu müssen. Präsumtive Vollmacht haben Ascen-

denten und Descendenten; Seitenverwandte und Verschwägerte bis zum dritten Grad; Eheleute; Litisconsorten; Advocaten und Procuratoren, wenn sie die zur Sache gehörigen Instrumente mitbringen. Die präsumtive Vollmacht reicht nicht hin, wo ein Specialmandat nöthig ist, auch befreit sie nicht von der Verbindlichkeit, die nachträgliche Genehmigung des Principals beizubringen. Bis dieß geschehen ist, muß der präsumtive Anwalt (ausgenommen der Vater und Ehemann im Streite über die bona adventicia, dotalia und paraphernalia) de rato caviren. Dagegen bedarf es weder einer präsumtiven noch einer ausdrücklichen Vollmacht, wenn die genannten Personen über ein ihnen selbst zustehendes Recht streiten, z. B. der Vater über das peculium profectitium. — Zwischen dem präsumtiven Anwalt des Klägers und Beklagten macht das bayerische Recht keinen Unterschied. Anm. lit. i.

Nicht mit der präsumtiven Vollmacht zu verwechseln ist die stillschweigende, welche namentlich dann angenommen wird, wenn eine Partei mit einem Anwalt erscheint, und ihn für sich sprechen läßt, und wenn sie die vom Advocaten gefertigten Schriften mitunterzeichnet. Anm. lit. a.

§. 6.

In was für Sachen kein Anwalt zugelassen werde.

Bayer, S. 198.

Bereits o. in §. 1 wurde bemerkt, daß sich jeder regelmäßig vor Gericht durch einen Andern vertreten lassen dürfe, auch wenn er selbst am Erscheinen nicht verhindert wäre. Nur in einigen Fällen, nämlich bei Eidesleistungen und bei Sühneversuchen in Ehestreitigkeiten ist die Vertretung ausgeschlossen.

§. 7.

Von falschen Anwälten.

Der Mangel der legitimatio ad processum hat unheilbare Nichtigkeit zur Folge. Daher kann die Einrede der fehlenden Legitimation in jedem Stadium des Processes vorgeschützt werden, auch hat der Richter von Amtswegen für die Berichtigung des Vollmachtspunktes zu sorgen. Wurde ein nicht legitimirter Stellvertreter aus Versehen zugelassen, so ist nachträglich derjenige, für welchen er handelte, zur Erklärung aufzufordern, ob er die Handlungen des Stellvertreters ratihabire, oder nicht. Eine solche Ratihabition ist vor Fällung des Erkenntnisses unbedingt, nach Fällung desselben nur dann zulässig, wenn gegen den Legitimationspunkt nicht excipirt wurde. Geschah letzteres, so kann nach Fällung des Erkenntnisses nicht mehr ratihabirt werden, da es hier lediglich im Belieben desjenigen, für welchen der Proceß geführt wurde, stünde, ein günstiges Urtheil durch Ratification aufrecht zu erhalten, ein ungünstiges durch Verweigerung derselben zu vernichten. Das Verfahren ist vielmehr in diesem Fall unheilbar nichtig. Anm. lit. a.

§. 8.

Communication der Vollmacht.

Dem Gegner ist eine Abschrift der Vollmacht hinauszuschließen, um seine allenfallsigen Erinnerungen dagegen abzugeben; die Vorsteckung einer präclusiven Frist hiefür ist bedeutungslos, da der Richter von Amtswegen für die Verbesserung einer mangelhaften Vollmacht zu sorgen hat. Eben deßhalb muß auch die Verhandlung über etwaige an der Vollmacht gerügte Mängel zwar summarisch und ohne Aufschub der Hauptsache, aber immerhin erschöpfend ge-

schehen, da es sich um die Abwendung unheilbarer Nullität handelt.

§. 9.

Wie weit sich die Special- und Generalvollmacht erstrecke.

Martin, §. 75. Bayer, S. 207.

Ein Specialbevollmächtigter darf bloß diejenige Handlung vornehmen, zu welcher er speciell beauftragt ist. Ein Generalbevollmächtigter, d. h. derjenige, welcher zur Führung eines ganzen Processes ermächtigt ist, kann alle Handlungen vornehmen, welche zur sachgemäßen Führung des Processes gehören. Nur solche, welche von größerm Präjudiz sind, wie die Abschließung eines Vergleiches, die Substitution eines Afteranwalts, der Verzicht auf den Streit oder die Appellation u. a. (wobei das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, Anm. lit. d) darf er nicht vornehmen, sondern braucht hiezu eine Specialvollmacht, selbst wenn seine Vollmachtsurkunde die clausula cum libera, vel rati et grati enthielte (G. O. Nr. 4). Von denjenigen Handlungen, welche er gemäß der Generalvollmacht vornehmen darf, muß er diejenigen, welche die Führung des Processes zunächst mit sich bringt, wie das mündliche und schriftliche Recessiren, Antreten des Beweises, Erklären auf die gegnerische Beweisantretung u. s. w. vornehmen, wenn er sich nicht einer Klage auf Schadensersatz wegen Nachlässigkeit aussetzen will (G. O. Nr. 2.). Andere, wie das Appelliren, Antragen auf Execution, Liquidiren einer zuerkannten Forderung im Concurse (G. O. Nr. 3) kann er zwar vornehmen, ist aber nicht dazu verbunden; nur muß er, wenn er von seiner Befugniß nicht selbständig Gebrauch machen will, seinem Principal rechtzeitig Nachricht geben,

damit dieser die gehörige Instruction, ob z. B. Appellation ergriffen werden solle u. s. w., ertheilen könne.

§. 10.

Wirkung der Vollmacht auf Seite des Principals und Mandatars.

Martin, §. 75. Bayer, S. 206.

Principal und Bevollmächtigter haften einander nach den Grundsätzen des Mandats. Ueber die Restitution des Principals im Falle einer Benachtheiligung durch Nachlässigkeit des Anwalts vergl. u. cap. XVI. §. 1.

§. 11.

Wie die Vollmacht aufgehoben werde.

Martin, §. 75. Bayer, S. 216.

Die Vollmacht erlischt durch Kündung und durch den Tod des Bevollmächtigten, ferner durch den Widerruf des Principals, nicht durch dessen Tod, denn die clausula heredum ist nach bayerischem Recht allemal stillschweigend in der Vollmacht enthalten. Die Kündung des Stellvertreters kann in jedem Stadium des Processes geschehen (doch gilt dieß nicht von Advocaten s. o. cap. II. §. 5), nur muß der Principal so rechtzeitig davon in Kenntniß gesetzt werden, daß er einen Andern bevollmächtigten kann. Ein stillschweigender Widerruf der Vollmacht liegt darin, wenn der Principal später in derselben Sache einem Andern Vollmacht ertheilt, nicht darin, wenn er selbst während des Processes sich einmischt.

Achtes Capitel.

Von der Reconvention, Litisdenunciation, Nomination, Intervention, Caution, Arreſt und Sequeſtration.

§. 1.

Von der Reconvention oder Widerklage.

Martin, §. 158. Bayer, S. 367.

Will der Beklagte eine Widerklage anſtellen, ſo muß

1) eine wirkliche Klage gegen ihn angeſtellt, und ihm bereits nebſt dem die Verhandlung anordnenden Decrete mitgetheilt, auf der andern Seite darf noch nicht das Enderkenntniß erlaſſen ſeyn;

2) das Gericht muß für Streitſachen, wie die in der Widerklage enthaltene, überhaupt competent ſeyn; auch darf dieſe nicht vor ein eignes ausſchließendes forum, z. B. rei sitae, gestae administrationis gehören. Daß dagegen Widerbeklagter einen privilegirten Gerichtsſtand hat, hindert die Zuläſſigkeit der Widerklage nicht.

3) Bei Widerklagen gegen Ausländer reichen die beiden obigen Vorausſetzungen hin, bei ſolchen gegen einen Inländer muß noch die weitere hinzukommen, daß die Widerklage mit der Vorklage einige Verwandtſchaft habe. Dieß iſt nach den Anm. lit. c nicht bloß dann der Fall,

wenn die beiden Klagen aus einem und demselben Rechtsgeschäft, oder aus einem fortdauernden Verhältniß entspringen, sondern auch dann, wenn das die eine der Klagen begründende Rechtsverhältniß mit einer der andern Klage zu Grunde liegenden Thatsache, z. B. der Sachlegitimation, in Zusammenhang steht.

Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so wird das forum reconventionis begründet. Soll überdieß die Wirkung gleichzeitiger Verhandlung hinzukommen, so muß

4) die Widerklage sofort mit der Antwort auf die Vorklage angebracht werden; es darf ferner

5) nicht die eine der beiden Klagen für die andere präjudiciell seyn; endlich müssen sich

6) beide Klagen zu demselben Verfahren eignen.

Daher hat die Widerklage im Executivproceß jene Wirkung nicht, wenn sie sich nicht ebenfalls zum Executivproceß eignet; eine Widerklage im mündlichen Verhör findet mit der Wirkung gleichzeitiger Verhandlung nur dann statt, wenn sie gleichfalls zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör geeignet ist. Nov. von 1837 §. 2. Ebensowenig kann aber umgekehrt eine zum mündlichen Verhör sich eignende Sache deßhalb, weil sie in einer Widerklage angebracht wird, im ordentlichen Verfahren verhandelt werden, denn hier ist nicht, wie beim Executivproceß die schleunige Verhandlung von der Willkür des Klägers abhängig gemacht, sondern vom Gesetz im höheren Interesse vorgeschrieben (abgesehen davon, daß auch dem Widerbeklagten daran liegen kann, über eine unbedeutende Widerklage nicht so lange zu streiten, als über eine vielleicht sehr verwickelte, Jahre lang sich hinziehende Vorklage; doch würde selbst seine Zustimmung nichts helfen). Nicht dagegen ist G. O. cap. I. §. 10: Sachen, welche zusammen-

gehören, soll man nicht leicht von einander trennen, sondern vor einer Obrigkeit allein verhandeln lassen.

Außerdem gelten für die Widerklage dieselben Regeln, wie für die Vorklage; weder der Umstand, daß die Vorklage bereits liquid, während jene noch illiquid ist, noch der, daß Kläger und Widerbeklagter seine Klage zurücknimmt, hat einen Einfluß auf die nach den gewöhnlichen Regeln weiter zu verhandelnde Widerklage.

§. 2.

Von der Streitverkündigung oder litisdenunciatio.

Martin, §. 307. Bayer, S. 54.

Durch die Litisdenunciation fordert eine im Streite befangene Partei einen Dritten auf, ihr beizustehen, weil sie, wenn sie unterliege, gegen ihn einen Regreßanspruch habe.

Die G. O. spricht von der Litisdenunciation zunächst bloß in Bezug auf Evictionsfälle, und zwar aus dem Grunde, weil hier dieselbe nothwendig ist. Wer sie unterläßt, verliert seinen Regreßanspruch, selbst wenn er nachweisen könnte, daß die Litisdenunciation nutzlos gewesen wäre.

Dadurch ist es indessen nicht ausgeschlossen, auch in andern Fällen, wo jemand aus einer Interceſſion, oder aus einer fahrlässigen Handlung des Dritten u. s. w. einen Regreßanspruch hat, den Streit zu verkünden. Hier ist aber die Litisdenunciation nicht nothwendig, sondern hat bloß den Zweck im künftigen Processe über Schadloshaltung die Einrede, der erste Proceß sey durch Schuld der Partei verloren gegangen, auszuschließen. Anm. lit. a.

Soll die Streitverkündung diese Wirkungen hervorbringen, so muß sie gerichtlich und zur rechten Zeit geschehen, d. h. vom Kläger mit der Klage, vom Beklagten

vor oder mit der Litiscontestation, der Grund dazu müßte sich denn erst später herausgestellt, oder derjenige, welchem der Streit zu verkünden wäre, bereits unaufgefordert intervenirt haben. Außergerichtliche Streitverkündung ist ebenso wirkungslos als verspätete.

Die Denunciation geschieht an den nächsten Autor. Der Denunciat ist vom Gerichte aufzufordern, sich binnen gewisser Frist darüber zu erklären, ob er dem Denunciaten beistandsweise in dem Streite assistiren, oder solchen gänzlich auf sich nehmen, und ohne Beiziehung desselben ausführen wolle.

Erklärt sich Denunciat nicht, so incurrirt er weiter kein Präjudiz, als daß er bei einem spätern Processe über seine Haftungsverbindlichkeit dem Denuncianten nicht mehr die Einrede entgegensetzen kann, der frühere Proceß sey durch dessen Schuld verloren gegangen, selbst wenn dieß wirklich der Fall wäre, z. B. wegen Versäumung eines Termins; nur dürfte Denuciant nicht dolose gehandelt haben. Zur Verwirklichung jenes Präjudizes bedarf es weder der Androhung, noch einer Ungehorsamsbeschuldigung, noch eines Contumacialerkenntnisses.

Erklärt Denunciat, den Streit ganz übenehmen zu wollen, so muß er die Sache in dem Stande annehmen, in welchem sie sich gegenwärtig befindet. Gerichtsablehnende Einreden darf er nur dann vorschützen, wenn sie in der Person des Denuncianten, nicht wenn sie in seiner eigenen begründet sind (cap. I. §. 12). Der Gegner muß sich zwar in Evictionsfällen die völlige Uebernahme des Streites durch den Denunciaten gefallen lassen, verliert aber dadurch nicht seine bereits gegen den Denuncianten erworbenen Rechte. Letzterer kann zur Wahrung seiner Rechte dem neu Eingetretenen assistiren.

Erklärt endlich Denunciat, im Streite assistiren zu wollen, so muß sich auch dieß der Gegner gefallen lassen, sofern ein Grund zur Streitverkündung vorhanden war.

Die Frage, ob Denunciat dem Denuncianten regreßpflichtig sey, gehört nicht in den Hauptproceß, Denunciat müßte denn durch eine ohne Verwahrung auf die Streitverkündung hin geschehene Einlassung seine Regreßpflicht stillschweigend anerkannt haben, in welchem Falle seine Entschädigungsverbindlichkeit im Urtheile mit ausgesprochen werden kann. Außerdem wird sie dem gesonderten Proceß vor dem zuständigen Gerichte vorbehalten.

Die Behauptung, daß die Litisdenunciation den Beklagten von der eventuellen Einlassung befreie, ist ungegründet, da nicht nur die Anm. zu gegenwärtigem §. lit. c die Litisdenunciation (sie nennen dieselbe, abweichend vom gemeinen Recht, auch *laudatio* lit. a ib.) als eine Einrede auffassen, sondern auch in den Anm. lit. c zu cap. VI. §. 2 die exceptio laudationis ausdrücklich unter den dilatorischen Einreden aufgeführt ist, mit welchen die Kriegsbefestigung verbunden werden muß (denn sie gehört nicht zu den Ausnahmen des §. 3 ib.).

§. 3.

Von der nominatio auctoris.

Bayer, S. 60.

Wird jemand als Besitzer einer Sache belangt, welche er nicht in eignem, sondern in fremdem Namen besitzt, so kann er sich von dem Processe dadurch befreien, daß er die Person nennt, für welche er besitzt. Kläger muß sodann eine neue Klage gegen den Nominaten stellen; läugnet dieser sein Eigenthum, oder bleibt er ungehorsam aus, so wird jener in den Besitz gesetzt, sofern er sein Recht bescheinigt; doch kann er auch gegen den Nominanten fort-

klagen, wenn er beweist, daß derselbe in eignem Namen besitze.

Die nominatio auctoris greift sowohl bei beweglichen als unbeweglichen Sachen Platz, aber nur insoferne sie Gegenstand einer dinglichen Klage, einer actio in rem scripta, mixta oder eines possessorischen Rechtsmittels mit Ausnahme des interdictum unde vi (Spolienklage) sind. Der nominator muß in fremdem Namen besitzen, ist er Pfandgläubiger, Usufructuar u. s. w., so kann er nominiren, wenn das Eigenthum, nicht aber, wenn jene Rechte in Anspruch genommen werden.

Die Nomination ist eine Art Einrede, mit ihr ist ebenso wie mit der Litisdenunciation die eventuelle Streiteinlassung zu verbinden. Doch ist sie nach der G. O., abweichend vom gemeinen Recht, auch nach der Litiscontestation noch zulässig, wenn Nominant sämmtliche bisher erlaufene Kosten bezahlt; nur muß es vor dem Endurtheil geschehen, denn von da an wird er als fictus possessor behandelt.

§. 4.

Von der Intervention.

Martin, §. 303. Bayer, S. 43.

Eine Intervention ist dann vorhanden, wenn zu den beiden in einem Processe befangenen Parteien ein Dritter hinzutritt, und processualische Handlungen vornimmt, welche auf das zwischen den ursprünglichen Gegnern bestehende Proceßverhältniß einwirken, ohne daß er selbst unmittelbar an dem Hauptstreite betheiligt ist (als Streitgenosse oder Nominat). Es kann dieß vom Intervenienten in der Absicht geschehen, dem einen der streitenden Theile zum Gewinnen des Processes Hülfe zu leisten (accessorische), oder für sich selbst ein Recht geltend zu machen, mag dieses

gegen beide Parteien des Hauptprocesses, oder gegen eine derselben gerichtet seyn (Principal-Intervention).

Eine Intervention ist dann zulässig, wenn Intervenient von dem Ausgange des Processes Nutzen oder Schaden zu erwarten, also ein Interesse bei der Sache hat, nur muß dieses ein wahres, nicht allzuweit hergesuchtes seyn. Wann dieß der Fall sey, dafür läßt sich keine scharf abgränzende Definition, sondern nur die allgemeine in den Anm. lit. a. angegebene Regel aufstellen: „so viel das interesse privatum betrifft, läßt sich solches eigentlich nicht bestimmen, sondern muß gleichwohl aus den Umständen ermessen werden, und ist dabei die Regel, daß selbes nicht gar zu weit hergeholt werden soll." Die Proceßart, in welcher der Hauptstreit geführt wird, hat keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der Intervention, sie kann sowohl im ordentlichen, als im summarischen Verfahren stattfinden.

Eine weitere Bedingung ist, daß Intervenient sein Interesse summarisch darthue, d. h. bescheinige (Anm. cap. IX. §. 2. lit. d.); das Erbieten zum Eid reicht jedoch hiezu nach der Novelle von 1819 §. 7. nicht mehr hin, da dieß ein reiner Calumnieneid wäre (nicht entgegen u. cap. XIII. §. 6.; vrgl. die Schlußbemerkung ib.). Die Bescheinigung kann sofort mit der Intervention beigebracht, oder durch Vorbescheid auferlegt werden, mißlingt sie, so ist Intervenient abzuweisen.

Diese Voraussetzungen gelten gemeinschaftlich für beide Arten der Intervention, im Zweck, Verfahren und den Wirkungen sind sie jedoch verschieden. Der Intervenient hat sich daher gleich Anfangs ausdrücklich darüber zu erklären, ob er nur beistandsweise, oder für sich selbst principaliter interveniren wolle.

1) Die accessorische Intervention ist bei dem Gerichte anzubringen, bei welchem die Hauptsache anhängig

ist. Sie kann zu jeder Zeit stattfinden, nur darf Intervenient nichts nachholen, was die Partei, welcher er Beistand leistet, bereits versäumt hat; eben so wenig kann er ihre vor oder nach seinem Beitritt abgelegten Geständnisse unwirksam machen. Dagegen nützen seine rechtzeitig vorgenommenen Handlungen der Partei, auch wenn sie ihrerseits damit präcludirt wurde. Umgekehrt präjudiciren Geständnisse und Versäumnisse des Intervenienten der Partei nicht. Letztere kann die Intervention nicht ablehnen, ausgenommen wenn Intervenient sie wegen eines ihm von der Partei drohenden Regreßanspruches unternimmt.

2) Bei der Principalintervention ist der Anspruch, welchen Intervenient geltend machen will, durch eine selbständige an dem treffenden Gerichte (z. B. nach Umständen forum identitatis personalis, wenn beide Parteien des Hauptprocesses als Beklagte erscheinen,) anzustellende Klage zu verfolgen, und hievon das Gericht, bei welchem die Hauptsache anhängig ist, durch Mittheilung einer Abschrift der Klage in Kenntniß zu setzen. Bei letzterem Gericht sind auch die Anträge, mit welchen Intervenient eine Einwirkung seines Rechtsstreites auf den Hauptstreit, z. B. die Sistirung des letzteren bezweckt, und welche die eigentliche Intervention enthalten, zu stellen. Einer solchen Einwirkung darf nur aus erheblichen Ursachen stattgegeben werden; namentlich greift eine Sistirung des Hauptstreites nur dann Platz, wenn die Interventionssache so präjudiciell ist, daß das in jenem ergangene Urtheil nicht einmal gegen Cautionsleistung vollzogen werden könnte. Schwebt überdieß der Hauptproceß bereits in der Executionsinstanz, so kann er durch eine erst jetzt angebrachte Intervention nicht gehemmt werden, ausgenommen Intervenient kann

1) beschwören, daß er von dem Hauptprocesse nichts wußte, oder sein Interesse nicht eher in Erfahrung brachte, und

2) sein Recht durch liquide Beweismittel erproben, oder beweisen, daß ihm durch die Execution ein unwiederbringlicher Schaden zuginge.

Erfüllt er bloß die Bedingung sub. 1, so nimmt die Execution gegen Caution von Seite des Siegers ihren Fortgang; erfüllt er sie nicht, so kann er nicht einmal Caution verlangen, selbst wenn die sub 2 vorhanden wäre.

Aus der Verbindung jener beiden Bedingungen folgt, daß das Gesetz bloß von dem Fall spricht, wo schon vor der Execution Veranlassung zur Intervention gegeben war. Geschah dieß erst durch die Execution (z. B. durch die Abpfändung von Gegenständen, an welchen ein Dritter das Eigenthum in Anspruch nimmt), so braucht Intervenient bloß die allgemeine Voraussetzung der Bescheinigung seines Anspruches zu erfüllen.

Die Intervention kann nach bayerischem Recht nicht bloß aus freiem Antriebe des Intervenienten, oder auf eine Litisdenunciation hin stattfinden, sondern auch in Folge richterlicher Adcitation. Der Richter hat nämlich in allen Fällen, wo er aus den Acten ersieht, daß ein Dritter bei der Sache so betheiligt ist, daß er principaliter oder accessorisch interveniren könnte, diesem Nachricht von dem Streite zu ertheilen, oder sich zu vergewissern, daß er bereits Nachricht davon habe. Dasselbe gilt von dem Falle, wo die Parteien sich auf einen Dritten berufen, sofern aus den Umständen erhellt, daß es nicht aus Chicane, z. B. zur Verzögerung der Sache geschieht. Der Interessirte wird nicht geladen, sondern er erhält Nachricht von dem Streite mit dem Bemerken, daß es ihm überlassen werde, die zur Wahrung seiner Rechte dienlichen Schritte zu thun. Misch

er sich ein, so kommen die angegebenen Regeln von der Intervention zur Anwendung, mischt er sich nicht ein, so wird in der Hauptsache ohne Rücksicht auf ihn weiter verfahren.

Unterläßt der Richter die Adcitation, so entsteht zwar dadurch keine Nullität rücksichtlich der beiden Hauptparteien, aber der Dritte kann nach Umständen Schadloshaltung vom Richter verlangen. Uebrigens präjudicirt demselben die Hauptsache in keinem Fall, er mag adcitirt seyn, oder nicht, ausgenommen unter den G. O. cap. XIV. §. 11 Nr. 4 angeführten Voraussetzungen. Stellt er besondre Klage, so richtet sich das Verhältniß und der Einfluß derselben auf den Hauptproceß, soferne dieser noch nicht ausgestritten ist, nach den oben über die Principalintervention angegebenen Regeln; dringt er mit seiner Klage durch, so kommt dieß der im Hauptstreit besiegten Partei bloß dann zu Gute, wenn es ein unzertrennliches Interesse betrifft. Dieß ist aber nur dann der Fall, wenn der Sieger im Hauptstreite das ihm zugesprochene Recht nicht ausüben kann, weil dadurch das dem Sieger im zweiten Proceß zugesprochene Recht verletzt würde.

§. 5.

Von der cautio de judicio sisti et judicatum solvi.

Martin, §. 310. 311. Bayer, S. 79.

Nach der Gerichtsordnung konnte sowohl der Kläger vom Beklagten, als umgekehrt letzterer von ersterem beim Beginne eines Rechtsstreites Caution verlangen, daß der Gegner dem Gericht in der rechtsanhängigen Sache abwarten, mithin alles, was dort mit Recht und Urtheil ausgesprochen würde, genügend vollziehen wolle (cautio pro expensis, de judicio sisti, judicatum solvi, pro recon-

ventione). Dieß wurde durch Novelle von 1819 §. 8 modificirt, wonach folgende Regeln gelten.

I. Cautionen, welche Kläger dem Beklagten zu leisten hat. Inländer sind hievon regelmäßig befreit, es müßten denn die Voraussetzungen des Arrestes oder der Sequestration vorhanden seyn (§. 6 und 7). Dagegen muß ein im Inlande gegen einen Bayern klagender Ausländer, welcher in Bayern keine (hinreichende Sicherheit gewährende) Immobilien oder diesen gleichgeschätzte Rechte besitzt,

1) Caution für die Proceßkosten leisten, deren Größe das richterliche Ermessen zu bestimmen hat. Diese Caution fällt jedoch weg bei Liquidationen im Concurse, bei Wechselklagen, und in jenen Fällen, wo ein Theil der Forderung liquid ist, welcher dem Beklagten zur Sicherheit verhältnißmäßig verhaftet bleibt;

2) eben so muß er Caution wegen einer allenfalls gegen ihn angestellten Widerklage nach deren wahrscheinlich gemachtem Betrage (d. h. die Widerklage muß bescheinigt seyn,) im Capital nebst Zinsen, Früchten, Schäden und Kosten leisten.

Die genannten Cautionen müssen vom Beklagten rechtzeitig, d. h. vor der Litiscontestation verlangt werden, letztere ist aber nach §. 24 der Nov. v. 1837 wenigstens eventuell beizufügen. Die Cautionsleistung geschieht durch Bestellung von sicheren Bürgen oder Unterpfändern. Kann der Kläger keine solchen aufbringen, so wird er, wenn die Caution wegen einer anzustellenden Widerklage verlangt wurde, mit seiner Klage abgewiesen; wurde sie bloß wegen der Proceßkosten verlangt, so darf er, wenn er nicht schlecht beleumundet ist, juratorische Caution leisten; leistet er auch diese nicht, oder ist sie wegen schlechten Leumunds unzulässig, so wird er ebenfalls mit seiner Klage abgewiesen.

II. Die Cautionen, welche der Beklagte dem Kläger zu leisten hat, sind aufgehoben, es müßte denn Grund zum Arrest oder zur Sequestration vorhanden seyn.

III. Die Caution wegen einer dem verurtheilten Beklagten im Erkenntnisse ausdrücklich (es sey im Tenor oder in den Entscheidungsgründen) vorbehaltenen Nachklage (z. B. beim Executivproceß, bei possessorischen Streiten) behielt die Nov. v. 1819 bei, doch kann sie vom Kläger dadurch geleistet werden, daß er dasjenige, was der Beklagte zu zahlen hat, von demselben nach Verhältniß der Nachklage bei Gericht hinterlegen läßt. Eben so wenig sind durch die Novelle andere Cautionen (außer den oben angegebenen), z. B. de rato, de non amplius turbando (vergl. G. O. cap. VII. §. 5. Nro. 7 u. 8; oben cap. III. §. 4) aufgehoben worden; nur die in G. O. cap. V. §. 10. Nro. 5 genannte cautio de lite prosequenda findet nach den obigen Bemerkungen zu jener Stelle nicht mehr statt.

§. 6.

Von Arresten.

Martin, §. 240—243. Bayer, summ. Proc. §. 19—39.

Bereits oben (cap. I. §. 8) wurde von dem Arrest als Mittel, einen eigenen Gerichtsstand zu begründen, gesprochen; in gegenwärtigem Paragraphen kommt er als Mittel, den Erfolg der künftigen Execution zu sichern, in Betracht. Die G. O. behandelt ihn in dieser Beziehung als ein allgemeines Cautionsmittel, welches in jedem Processe gegen einen Ausländer unbedingt, gegen Inländer dann, wenn sie ungefreit und unangesessen und wegen schlechten Leumunds oder Gefahr der Entfliehung zur juratorischen Caution nicht zugelassen werden könnten, zur Anwendung komme. Jene Cautionen (de judicio sisti et judicatum solvi) finden nun zwar nach dem Obigen seit der Novelle

von 1819 als Regel nicht mehr statt, allein dadurch ist das Gebiet des Arrestes nur beschränkt, nicht aufgehoben worden. Derselbe greift als eine Provisionalmaßregel auch heutzutage noch in allen Fällen Platz, wo Kläger in Gefahr steht, eine Forderung wegen drohender Insolvenz, Flucht des Schuldners oder ähnlicher Umstände nicht realisiren zu können. Voraussetzungen des Arrestes als einer Provisionalverfügung zur Sicherung der Execution sind

1) Bescheinigung einer Forderung, sie sey fällig oder nicht, bedingt oder unbedingt.

2) Bescheinigung einer Gefahr, daß die Forderung bei künftiger Execution nicht werde realisirt werden können. Dazu reicht schon der bloße Umstand hin, daß der Schuldner ein Ausländer ist; bei Inländern dagegen müssen besondre Gründe zur Befürchtung vorhanden seyn, z. B. Fluchtgefahr, Verschwendung. Zwischen angesessenen und nichtangesessenen ist aber, sofern nur jene Voraussetzungen vorhanden sind, kein Unterschied; die scheinbar widersprechende Bestimmung der G. O. Nro. 2 bezieht sich nur auf die angegebenen Cautionen.

Object des Arrestes ist entweder eine im Eigenthum des Schuldners befindliche bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche Sache, oder seine Person (Real-Personalarrest). Auf jene Sachen, an welchen keine Execution stattfindet, darf auch kein Arrest gelegt werden (s. u. cap. XVIII. §. 4). An Sachen geschieht der Arrestschlag durch Entziehung der Disposition, an der Person durch Confination oder Detention.

Das Arrestgesuch ist, abgesehen von den Fällen, in welchen ein eignes forum arresti begründet ist (s. o. cap. I. §. 8), bei dem Gericht anzubringen, an welches die Hauptsache gehört, auch wenn sich der Schuldner oder das Arrestobject in einem andern Gerichtsbezirke befindet, es müßte

denn Gefahr auf dem Verzuge seyn. Mit dem Gesuch, welches schriftlich eingereicht oder mündlich zu Protokoll gegeben werden kann, ist die Bescheinigung seiner Voraussetzungen (Forderung und Gefahr) zu verbinden. Findet der Richter dasselbe unzulässig, so weist er es ab, findet er es begründet, so verfügt er den Arrest, und beraumt nahen Termin zur Rechtfertigung desselben an, wozu Implorant unter dem Präjudiz, daß der Arrest wieder aufgehoben, Implorat unter dem, daß er für justificirt erklärt werden würde, vorzuladen sind. Bleibt ein Theil aus, so wird das Präjudiz verwirklicht, erscheinen sie beide, so hat Kläger sein Gesuch durch allenfallsige nachträgliche Behelfe zu ergänzen; der Beklagte kann alle Einreden, welche sich auf den Proceß beziehen, unbedingt, solche, welche sich auf die Hauptsache selbst beziehen, bloß dann vorschützen, wenn er sie sofort bescheinigt. Die Verhandlung geschieht gemäß Nov. v. 1837 §. 1. Nro. 8 im mündlichen Verhör, ein Beweisinterlocut findet nicht statt, sondern das Erkenntniß geht auf Bestätigung oder Aufhebung des Arrestes. Das Erkenntniß ist appellabel, aber die Berufung hat keinen Suspensiveffect, wenn der Arrest verhängt resp. bestätigt wurde; in diesem Fall findet auch gegen zwei gleichlaufende Erkenntnisse keine Revision statt, sofern dem Impetraten die Verfolgung seines Rechts im gewöhnlichen Processe vorbehalten bleibt. Novelle von 1837 §. 54 Nr. 5; vergl. u. cap. XV. §. 13.

Die Hauptklage ist getrennt vom Arrestgesuch in dem Verfahren, zu welchem sie sich ihrer Natur nach eignet, zu verhandeln. Ist sie bei der Arrestlegung noch nicht angestellt, so wird dem Impetranten aufgegeben, sie binnen bestimmter kurzer Frist zu stellen, widrigenfalls der Arrest wieder aufgehoben würde. Nur wenn auf Personalarrest erkannt wurde, wird dem Impetranten nicht die Klage-

stellung, sondern die Antretung des Beweises über seine Forderung binnen drei Tagen aufgetragen, und dieser Beweis, gegen welchen der Impetrat Gegenbeweis und den Beweis seiner Einreden antreten kann, aber nicht unter der Folge ihres Verlustes antreten muß, schleunig instruirt. G. O. h. l. Nro. 3.

Der Arrest dauert so lange, bis Impetrat nachweist, daß die Gefahr weggefallen sey, oder bis er den Impetranten in der Hauptsache vollständig befriedigt, oder selbst ein lossprechendes Erkenntniß erhalten hat. Auch durch Cautionsleistung kann er die Aufhebung des Arrestes bewirken, sofern sich nicht der Hauptproceß bereits in der Executionsinstanz befindet.

Wegen widerrechtlich verhängten Arrestes können unter den gehörigen Voraussetzungen Entschädigungs- und Injurienklagen sowohl gegen den Impetranten als gegen den Richter stattfinden, nur dürfen solche Klagen nicht gleichzeitig mit der Arrest- oder Hauptsache verhandelt werden, weil diese präjudiciell sind. Doch können sie als Widerklagen beim Forum der Hauptklage angebracht werden.

§. 7.

Von der Sequestration.

Martin, §. 242. Bayer, summ. Proc. §. 23.

Die Sequestration ist, wenn sie nicht auf das freiwillige Einverständniß der Betheiligten hin erfolgt, eine Art Arrest, welche nur deßhalb vom Gesetz ausgezeichnet wird, weil es hier das streitige Object selbst ist, an welchem der Arrest vollzogen wird.

Sequestration findet bloß statt, wenn Gefahr vorhanden ist, der Inhaber werde die Sache verschlechtern, veräußern, mit ihr (sofern sie eine bewegliche,) entfliehen, oder es werde zu gewaltthätigen Auftritten unter den Gegnern

kommen, vorausgesetzt daß solche nicht durch das possessorium summariissimum abgewendet werden können (s. o. cap. III. §. 5). Das Verfahren ist im Wesentlichen dasselbe wie beim Arrestproceß, die Verhandlung geschieht ebenfalls im mündlichen Verhör gemäß Novelle von 1837 §. 1 Nro. 8.

Neuntes Capitel.

Von dem Beweiſe und Gegenbeweiſe überhaupt.

§. 1.

Nothwendigkeit des Beweiſes.

Martin, §. 179 fg. Bayer, S. 398.

Kläger hat den ſubjectiven und objectiven Grund ſeiner Klage, ebenſo Beklagter den ſeiner Einreden zu beweiſen u. ſ. f., was aber zur Begründung gehöre, lehrt das Civilrecht. Stützt ſich der Anſpruch auf ein Rechtsverhältniß, ſo braucht bloß die Entſtehung, nicht die Fortdauer desſelben bewieſen zu werden; gründet er ſich auf ein factiſches Verhältniß (z. B. Beſitz), ſo reicht der Nachweis der Entſtehung nicht hin, ſondern es iſt die Fortdauer nachzuweiſen.

In gleicher Weiſe müſſen auch die Vorausſetzungen proceſſualiſcher Anſprüche (z. B. von Friſten-, Reſtitutionsgeſuchen) von den Parteien bewieſen werden.

Zum Beweis iſt nicht das Recht, ſondern die Thatſache, aus welcher das Recht entſpringt, auszuſetzen, ausgenommen bei dinglichen Klagen, ſoferne ſich die Klagſchrift auf die Behauptung des Rechtes ohne Angabe der Thatſache, wodurch daſſelbe erworben wurde, beſchränkt vgl. o. cap. IV. §. 7.

§. 2.

Unterschied desselben.

Martin, §. 136. Bayer, S. 438.

Die Gerichtsordnung theilt den Beweis in vollständigen und unvollständigen, ordentlichen und summarischen. Was die erste Eintheilung betrifft, so ist derjenige Beweis ein vollständiger, auf welchen der Richter definitiv sprechen kann, ein unvollständiger der, welcher die Auflage eines nothwendigen Eides erheischt. Der unvollständige wird nach den Anm. lit. b in semiplenam, semiplena majorem und minorem eingetheilt, Unterscheidungen, welche bei Auflegung des Erfüllungs- und Reinigungseides von Wichtigkeit sind. Mehrere unvollständige Beweise können zusammen vollständigen machen, ausgenommen wenn dadurch ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß in einer wichtigen Sache herbeigeführt werden würde, wozu nach den Anm. lit. f namentlich der Proceß um eine große Summe, oder um einen großen Theil seines Vermögens, um seine Ehre, oder über den Bestand einer Ehe gehört. In solchen Fällen soll nach G. O. cap. XIII. §. 3 Nr. 4 der Kläger nicht einmal zum Erfüllungseid gelassen werden.

Summarisch wird ein Beweis in dreierlei Beziehung genannt:

1) der Beweis durch Urkunden, Augenschein u. s. w. im Gegensatz zu dem ordentlichen Zeugenbeweis mit Probatorialartikeln, Responsionen und Deductionen. Fallen letztere beide beim Zeugenbeweis weg, so heißt er ebenfalls summarisch;

2) die bloße Bescheinigung, d. i. weniger als vollständiger Beweis, z. B. durch Zeugen, welche nicht unter den gehörigen Formalitäten vernommen wurden, nicht recognoscirte glaubwürdige Urkunden, ohne Zuziehung des

Gegners vorgenommenen Augenschein. Das Maß der Bescheinigung wird vom Gesetz nicht vorgeschrieben, es hat daher in jedem concreten Fall das richterliche Ermessen zu entscheiden, ob die beigebrachten Bescheinigungsmittel genügen;

3) der Beweis mit summarischem Verfahren, dem jedoch nichts an der Vollständigkeit mangelt.

Das Gesetzbuch unterscheidet in seinen Ausdrücken obige Begriffe nicht immer genau. Zwar werden die Bezeichnungen „bescheinigen, einigermaßen, genügend, vorläufig bescheinigen" allemal in dem Sinne sub Nr. 2 gebraucht, die Aeußerung in den Anm. lit. d sub f., daß der Ausdruck „bescheinigen" in cap. XVI. §. 1 Nr. 7 so viel bedeute, als vollständig beweisen, ist offenbar falsch; dagegen werden die Bezeichnungen „darthun", „hinlänglich, summarisch beweisen" promiscue gebraucht, letzteres z. B. in cap. IV. §. 5 Nr. 3 für vollständig beweisen, in cap. V. §. 11 Nr. 7 für bescheinigen. Wo daher der Gesetzgeber sich dieser Ausdrücke bedient, ist der in concreto damit verbundene Begriff aus den Umständen zu erforschen.

§. 3.

Sachen, welche nicht bewiesen werden dürfen.

Martin, §. 181. Bayer, S. 398.

Bloß solche Thatsachen brauchen bewiesen zu werden, welche ungewiß sind; gewiß sind aber die vom Gegner nicht widersprochenen, die notorischen und die Thatsachen, für welche eine Rechtsvermuthung streitet. In beiden letztern Fällen spricht das Gesetzbuch unlogisch von einem Beweis durch Notorietät und Präsumtion.

Nach der G. O. reichte genereller Widerspruch hin, eine Thatsache zur ungewissen zu machen, nach der Novelle

von 1837 §. 19 dagegen gilt jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden. Ob abweichende Geschichtserzählung als bestimmter Widerspruch betrachtet werden könne, erscheint zweifelhaft, da das Gesetz überdieß ausdrückliche Bezeichnung der zu widersprechenden Thatumstände und verneinende Beantwortung verlangt; doch möchte letzteres nicht wörtlich aufzufassen, und die affirmative Beantwortung jener Frage richtiger seyn, soferne nur durch die abweichende Geschichtserzählung die gegnerische Behauptung bestimmt ausgeschlossen wird. Unbestimmte Negationen wie Bezweifeln, Nichtwissen sind wirkungslos.

Die Kenntniß des Rechts gehört zur Amtspflicht des Richters, nur die Kenntniß von auswärtigen Rechten, dann von Particularstatuten und Observanzen kann ihm nicht zugemuthet werden, soferne dieselben nicht in seinem Gerichtsbezirke gelten und schriftlich aufgezeichnet sind. Stehen ihm indessen die Mittel zur Erlangung dieser Kenntniß offen, so hat er sie in Fällen, wo es sich um die Subsumtion von Thatsachen unter jene Rechtsnormen handelt, sich von Amtswegen zu verschaffen, außerdem ist zwar der Partei Nachweis darüber aufzulegen, derselbe ist aber ebenfalls nur als eine Beihülfe zur richterlichen Nachforschung aufzufassen und deßhalb an keine Beweisfrist gebunden, sofern er nur vor gefälltem Urtheil beigebracht wird. Selbst in der höhern Instanz muß er noch berücksichtigt werden.

Daß derjenige, welcher die von seinem Gegner zur Begründung eines Rechts behauptete Thatsache widerspricht, nicht beweisen muß, daß dieselbe nicht existire, beruht auf allgemeinen Proceßgrundsätzen (ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat L. 2. D. de probat.). Allein die G. O. geht noch weiter und bestimmt, daß auch derjenige, welcher auf die Nichtexistenz einer Thatsache selbst ein Recht gründet, des Beweises dieser Nichtexistenz überhoben seyn

soll, ausgenommen, wenn die Negation in Zeit und Raum beschränkt ist (z. B. die Behauptung, daß man zu einer gewissen Zeit an einem gewissen Orte nicht gewesen sey), oder mehr eine Affirmation in sich enthält (z. B. die Behauptung, jemand sey nicht bei Sinnen oder nicht bei freiem Willen gewesen).

§. 4.

Proceß bei dem ordentlichen Beweise.

Beim Zeugenbeweis konnte nach der G. O. der Zeugenbenennung ein Zwischenverfahren vorhergehen, in der Art, daß über die Beweisartikel verhandelt und ein appellables Erkenntniß gefällt wurde.

Dieses Verfahren, welches sowohl im processus ordinarius als summarius stattfinden konnte, und ordentlicher Beweis hieß, ist durch die Novelle von 1819 §. 11 fg. aufgehoben worden.

§. 5.

Vom Processe bei dem summarischen Beweise.

Heutzutage ist jeder Beweis ein summarischer im Sinne der G. O., auch der Zeugenbeweis, nur kommen bei diesem noch Artikel und Deductionen vor. Ueber das Beweisverfahren im mündlichen Verhör wurde bereits oben cap. III. §. 3 Nr. I. gesprochen, das im gewöhnlichen Verfahren wird bei der Lehre von den einzelnen Beweismitteln erörtert werden.

§. 6.

Von den Probatorialartikeln.

Martin, §. 185—187, 315, 195. Bayer, S. 552, 307, 435, 563.

I. Ist der Beweis durch richterliches Urtheil auferlegt, so muß der Beweispflichtige innerhalb der ihm vorgesteckten

Frist denselben durch Benennung seiner sämmtlichen Beweismittel antreten, wozu auch die Zuschiebung des Haupteides und das Erbieten zum Erfüllungseid gehört, denn letzterer kann nach bayerischem Recht ohne dieses Erbieten nicht auferlegt werden. Die nicht benannten Beweismittel werden präcludirt; die völlige Nichteinhaltung der Frist hat Deserition des Beweises zur Folge, ohne daß diese Rechtsnachtheile angedroht zu werden brauchen. Nov. v. 1819 §. 12, Nov. v. 1837 §. 41.

Wird die Beweisantretung versäumt, oder erscheint sie gleich von Anfang als verfehlt, z. B. wegen Unzulässigkeit der vorgeschlagenen Beweismittel, so ist sofort das Enderkenntniß zu fällen. Außerdem wird sie dem Gegner zur Erklärung über die vorgeschlagenen Beweismittel und zur Antretung seines Gegenbeweises (wenn der Beweis nicht durch bloße Eideszuschiebung geführt wird,) binnen gleicher Frist und unter demselben Rechtsnachtheile hinausgeschlossen. Nov. v. 1819 l. c.

II. Der Beweis kann aber auch anticipirt werden, und zwar nach Novelle von 1819 §. 16 vom Kläger dann, wenn Beklagter die Klage widerspricht, ohne Einreden dagegen vorzubringen; vom Beklagten dann, wenn er die Klage zugesteht (weil er im entgegengesetzten Fall den Kläger nicht zwingen kann, den Beweis seiner Klage zu anticipiren), aber eine Einrede dagegen vorbringt, welche Kläger in der Replikhandlung einfach widerspricht, ohne eine eigentliche Replik entgegenzusetzen. Die Beweisanticipation kann also nicht mehr, wie nach der G. O. cap. IV. §. 11 zugleich mit der Klage oder Exception geschehen (abgesehen von Fällen, wo es gesetzlich vorgeschrieben ist, z. B. im Executivproceß), sondern erst nach widersprochener Klage oder Exception, und zwar anstatt der Replik oder Duplik, welche dadurch wegfallen. Werden diesem zuwider die Beweismittel dennoch

mit der Klage oder Einrede verbunden, so hat dieß keine Wirkung, der Richter darf es weder beachten, noch braucht sich der Gegner darauf zu erklären; nur die Beifügung von Urkunden macht hievon eine Ausnahme, s. o. cap. IV. §. 12.

Die Beweisanticipation, zu deren Wirksamkeit außer den so eben angegebenen Voraussetzungen überdieß eine ausdrückliche Erklärung nöthig ist, hat nach §. 17 der Nov. v. 1819 die Folgen eines durch Urtheil auferlegten Beweises: Anticipant wird mit den nicht benannten Beweismitteln präcludirt, die Beweisantretung wird dem Gegner zur Erklärung und zur Gegenbeweisantretung hinausgeschlossen, und nach geschlossenem Beweisverfahren, wie bei dem auferlegten Beweise entschieden; daher darf niemals auf Beibringung eines bessern Beweises erkannt werden.

Daß dieß nicht so zu verstehen sey, Anticipant siege, wenn er das, was er sich in seiner Beweisanticipation als Beweisthema vorgesteckt habe, wirklich beweise, er mag nun das richtige Thema getroffen haben oder nicht, bedarf kaum der Anführung. Ebensowenig kann aber umgekehrt Anticipant, welcher das Beweisthema nicht getroffen, oder überflüssige Thatsachen, welche er sich als Thema vorsetzte, nicht bewiesen hat, sofort als beweisfällig erklärt werden, sondern der Richter hat die Beweisanticipation als nicht geschehen zu betrachten, und ein Beweisinterlocut (aber nicht auf besseren Beweis) zu erlassen. Dasselbe muß man consequent auch in dem Falle behaupten, wenn Anticipant einen Beweis unternommen hat, den nicht er, sondern sein Gegner zu führen hatte (G. O. h. l. sub f.), denn gegen die wörtliche Interpretation der allegirten Stelle der Novelle sprechen in diesem Fall dieselben Gründe, wie in den beiden andern Fällen. Die Stelle ist daher unter der Beschränkung „wenn Anticipant das richtige Thema getroffen hat" aufzufassen. Hat er es nicht getroffen (wozu es auch gehört,

wenn er sich einen Beweis vorsteckt, den nicht er zu führen hat), so hat der Richter die Anticipation als nicht vorhanden anzunehmen, und ein Beweisinterlocut zu fällen.

III. Beweisartikel kommen nur beim Zeugenbeweis vor. Nach §. 13 der Novelle von 1819 wird dieser Beweis durch die Benennung der Zeugen mit Beweisartikeln und der Bezeichnung, über welchen Artikel jeder Zeuge zu vernehmen sey, angetreten. Daraus folgt aber im Zusammenhalt mit §. 12 ib., daß die bloße Benennung der Zeugen zur Antretung nicht genüge, sondern daß specielle Angabe der Thatsachen, über welche jeder Zeuge vernommen werden soll (wenn auch nicht gerade in Artikelform), nothwendig sey; ferner daß die übergebenen Artikel nicht mehr, wie nach der G. O. bis zum Zeugenverhör, sondern bloß bis zum Schluß der Beweisfrist ergänzt werden dürfen.

§. 7.

Von den responsionibus auf die Probatorialartikel.

§. 8.

Wie das punctum relevantiae articulorum zu verhandeln sey.

Beide §§. sind durch die Novelle von 1819 §. 11 antiquirt s. o. §. 4.

§. 9.

Von der Producirung der Zeugen, und der Originaldocumente, dann Vornahme des Augenscheins.

Hievon wird bei den einzelnen Beweismitteln die Rede seyn.

§. 10.

Von den Schriften und Disputationssätzen.

S. u. cap. X. §. 18.

§. 11.

Von terminis probatoriis, dann der Exhibition und Insinuation bei dem ordentlichen Beweise.

Martin, §. 183, 184. Bayer, S. 553.

Ueber Fristen und Termine im Beweisverfahren gelten die oben cap. VI. §. 16 entwickelten Grundsätze. Das in der G. O. h. l. als Prolongationsmittel aufgeführte juramentum calumniae findet nicht mehr statt. Die Länge der Beweisfrist beträgt im gewöhnlichen Verfahren 30 Tage, bei summarisch zu verhandelnden Gegenständen (cap. VI. §. 16) 14 Tage, im mündlichen Verhör 8 — 14 Tage; namentlich muß sie 14 Tage in allen appellablen Sachen betragen, weil sonst die Desertion des Beweises durch Appellation, für welche ein Fatale von 14 Tagen festgesetzt ist (Nov. v. 1837 §. 64), elidirt werden könnte.

Die Beweisfrist wird vom nächsten Tag nach der Insinuation oder Publication des Interlocuts an gerechnet, appellirt der Beweispflichtige dagegen, so wird sie suspendirt und läuft erst von der Insinuation des oberrichterlichen, beziehungsweise oberstrichterlichen Erkenntnisses an; dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Gegner appellirt. Plen. Beschluß des O. A. G. vom 16 April 1846.

§. 12.

Vom Gegenbeweise.

Martin, §. 135. Bayer, S. 439.

Der Gegenbeweis wird bekanntlich eingetheilt in den indirecten, d. h. den auf die Erprobung der Einreden gegen die Klage, der Repliken gegen die Einrede u. s. f. gerichteten Gegenbeweis, und den directen, welcher die Vernichtung des Hauptbeweises zum Zwecke hat. Die G. O. faßt beide in gegenwärtigem Paragraphen zusam-

men, was Manche zu der irrigen Ansicht veranlaßte, als werde nicht bloß der directe, sondern auch der indirecte Gegenbeweis im Erkenntniß immer stillschweigend vorbehalten, und brauche deßhalb keiner von beiden ausdrücklich auferlegt zu werden. Seit der Nov. v. 1837 §. 43 kann dieser Irrthum nicht mehr vorkommen.

Der indirecte Gegenbeweis ist im Erkenntniß aufzuerlegen, und zwar ist für die Antretung desselben nach der Eventualmaxime derselbe Termin vorzustecken, wie für die Antretung des Hauptbeweises (also von der Insinuation des Interlocutes, nicht wie nach der Praxis mancher Gerichte von der Mittheilung der Hauptbeweisantretung an laufend). Der directe Gegenbeweis ist weder im Erkenntniß aufzuerlegen, noch braucht er ausdrücklich darin vorbehalten zu werden; die Frist zu seiner Antretung läuft erst von der Mittheilung des Hauptbeweises (Beweis der Klage, Einrede u. s. w.) an. Nov. v. 1837 l. c.

Der directe Gegenbeweis kann bestehen

1) in dem Beweis des Gegentheils des Hauptbeweissatzes;

2) in dem Beweis einer Thatsache, bei deren Vorhandenseyn der Hauptbeweissatz unmöglich wahr seyn kann;

3) in dem Beweis der Untauglichkeit der zur Erprobung des Hauptbeweissatzes vorgeschlagenen Beweismittel.

Bloß in Bezug auf die erste Art der directen Gegenbeweisführung gilt die Regel: reprobatio reprobationis non datur, nicht in Bezug auf die beiden letztern. Dagegen ist die Eideszuschiebung als Gegenbeweismittel nicht, wie die gemeine Meinung will, in den beiden letzten Fällen, sondern bloß im letzten zulässig; denn hat der Hauptbeweisführer die Wahrheit der Thatsache bewiesen, so braucht er nicht noch deren Möglichkeit zu beschwören, hat er sie nicht bewiesen, so bedarf es keines Gegenbeweises, hat er

sie nicht vollständig bewiesen, so kommt es zu einem nothwendigen Eide.

§. 13.

Beschleunigung des Beweises und Gegenbeweises.

Die Eideszuschiebung und das Erbieten zum Erfüllungseid muß jetzt nach Novelle von 1837 §. 41 sogleich mit Benennung der übrigen Beweismittel geschehen. Ein Nachbringen von Beweismitteln (abgesehen vom Augenschein, vgl. u. cap. XII. §. 3) ist bloß ex capite novorum und wegen schuldlosen Verlustes eines bei der Beweisantretung benannten Beweismittels zulässig. Ueber ersteren Fall vgl. u. cap. X. §. 19; im letzteren ist die Partei nicht gerade an die Zahl der zu Verlust gegangenen Beweismittel gebunden. Wird aber einer Partei aus dem ersten oder zweiten Grunde verstattet, Beweismittel nachzubringen, so steht es hinwiederum der Gegenpartei frei, Gegenbeweismittel, einerlei auf welche der drei im vorigen §. aufgeführten Arten der Gegenbeweisführung sie sich beziehen, zu benennen, ohne daß bei ihr die Erfordernisse der Restitution vorhanden zu seyn brauchen, s. u. cap. XVI. §. 1, I. a. E.

§. 14.

Was bei jeder Sache zu beweisen sey.

Martin, §. 182. Bayer, S. 398, 423.

Die Frage, welcher Partei in jedem einzelnen Falle, und worüber der Beweis aufzulegen sey, findet ihre Beantwortung, wie bereits oben §. 1 bemerkt wurde, mehr im Civilrecht, als im Proceß. Namentlich enthält das bayerische Landrecht eine große Anzahl von Bestimmungen hierüber.

Zehntes Capitel.

Von dem Beweise durch Zeugen.

§. 1.

Proceß bei diesem Beweise.

Martin, §. 194. Bayer, S. 561.

Das Zwischenverfahren und der Relevanzbescheid des frühern ordentlichen Zeugenbeweises ist heutzutage weggefallen, die Zeugen sind sofort mit Uebergabe der Artikel zu benennen. Letztere hat der Richter von Amtswegen zu prüfen, und die offenbar irrelevanten oder unzulässigen zu verwerfen, gegen welche Verwerfung Verwahrung eingelegt werden muß, wenn sie die Rechtskraft nicht beschreiten soll (Novelle von 1819 §. 14, abgeändert im letzten Punkte durch Novelle von 1837 §. 51, 53 Nr. 3).

Die Beweisantretung ist der Gegenpartei zur Antretung allenfallsigen Gegenbeweises hinauszuschließen. Mit dieser Hinausschließung ist nicht mehr, wie die Novelle von 1819 §. 14 vorschrieb, sofort Termin zur Vereidigung und Vernehmung der Zeugen anzuberaumen, sondern dieß geschieht erst nach eingekommenem Gegenbeweis, oder nach abgelaufener Gegenbeweisfrist. Ist die Gegenbeweisantretung rechtzeitig eingekommen, so erfolgt zugleich mit der Mittheilung derselben an den Beweisführer die Bestimmung des Tages, an welchem die Aufnahme der Beweise und Gegenbeweise stattfinden soll. Novelle von 1837 §. 44.

Zur Antretung einer allenfallsigen reprobatio reprobationis wird kein eigener Termin vorgesteckt, sondern dieselbe ist (ihre Zulässigkeit vorausgesetzt s. o. cap. IX. §. 12) in der Form eines Incidentpunktes anzubringen.

§. 2.

Vom außerordentlichen Zeugenverhöre.

Die Vernehmung der Zeugen durch einen Notar, welche die G. O. den Parteien behufs ihrer Information frei ließ, ist mit dem Wegfallen der Notare unmöglich geworden. Will sich eine Partei davon überzeugen, ob jemand solche Wissenschaft von ihrer Sache habe, daß sie ihn als Zeuge vorschlagen kann, so ist es gerathen, ihn nicht selbst zu befragen, sondern durch einen unparteiischen Dritten befragen zu lassen, um dem Verdacht eines vorläufigen Benehmens mit dem Zeugen zu entgehen. Bedarf sie einer Bescheinigung, so kann sie den Zeugen gerichtlich vernehmen lassen, nur braucht dieß nicht unter den für das Zeugenverhör vorgeschriebenen Formalitäten, und nicht vor dem competenten Gericht zu geschehen. Dagegen macht auch ein solches Vernehmungsprotokoll nie vollen Beweis.

§. 3.

Vom summarischen Beweis durch Zeugen.

Der summarische Zeugenbeweis der G. O., welcher in den G. O. cap. III. §. 3 aufgeführten Streitsachen (in andern Fällen nur mit Einwilligung beider Parteien) stattfand, ist antiquirt. Heutzutage ist zu unterscheiden zwischen dem Verfahren beim Zeugenbeweis im mündlichen Verhör, in andern zu einer beschleunigten Verhandlung sich eignenden Sachen, und im ordentlichen (protokollarisch-schlüssigen) Verfahren. Ueber das letztere s. u. §. 16.

Im mündlichen Verhör werden beim Zeugenbeweis weder Artikel noch Fragstücke gestellt, sondern die Aussagen der Zeugen, deren Beeidigung (resp. in Streitigkeiten unter 50 Gulden Verhandgelübdung) und Vernehmung die Parteien beiwohnen können, werden kurz und ihrem wesentlichen Inhalt nach zu Protokoll genommen. Deductionen finden nicht statt. Nov. v. 1837 §. 12.

Bei den übrigen Sachen, welche beschleunigt zu verhandeln sind (s. o. cap. VI. §. 16), wird der Zeugenbeweis auf dieselbe Art instruirt, wie im protokollarisch-schlüssigen Verfahren, nur werden die Deductionen weggelassen.

§. 4.

Commission zum Zeugenverhör.

Bei Collegialgerichten werden die Zeugen durch eine Commission vernommen. — Mitglieder der königl. Familie werden vom Präsidenten des Oberappellationsgerichts vernommen; Standesherren vom Appellationsgericht; doch kann dieses ein Untergericht dazu committiren, nur muß die Vernehmung auf Verlangen in der Wohnung des Standesherrn abgehalten werden. Rescr. v. 31 Oct. 1818.

§. 5.

Von Vernehmung der unter andern Gerichten stehenden Zeugen.

Befinden sich die Zeugen in einem andern Gerichtsbezirk, als dem des Proceßgerichts, so wird der Richter ihres Aufenthaltsortes entweder requirirt, sie vor das Proceßgericht zu laden (wenn dasselbe nicht weit entfernt ist), oder sie selbst zu vernehmen. Im letzteren Fall ist er zugleich um rechtzeitige Notification des Vernehmungstermins zu ersuchen, damit der requirirende Richter die Parteien, welche

nach Novelle von 1837 §. 46 der Vernehmung beiwohnen dürfen, davon unterrichten kann. Die Fragstücke (s. u. §. 15) können beim requirirenden oder beim requirirten Richter übergeben werden; die Prüfung steht immer demjenigen zu, welchem sie übergeben wurden.

§ 6.

Vorschlagung nud Citationen der Zeugen.

Die Zeugen werden regelmäßig von den Parteien vorgeschlagen und vom Richter citirt. Erscheint ein Zeuge ungeladen, so macht er sich dadurch verdächtig. Dieß findet indessen dann keine Anwendung, wenn im mündlichen Verhör die Parteien gemäß Novelle von 1837 §. 12 Abs. 3 ihre Zeugen sofort mit zur Stelle bringen.

§. 7.

Verköstigung der Zeugen.

Wird ein Zeuge vernommen, so pflegt er am Schluß gefragt zu werden, was er für seinen Gang, für Versäumniß und Auslagen liquidire. Die Liquidation wird im Protokolle bemerkt; ist sie überspannt, so hat sie der Richter von Amtswegen zu ermäßigen. Den Betrag hat einstweilen der Producent vorzuschießen.

§. 8.

Vom Zwange der Zeugen.

Bayer, S. 453.

Niemand darf sich, bei Vermeidung angemessener Geld- oder Gefängnißstrafe, der Zeugnißablage ohne rechtserhebliche Ursache weigern. Solche Ursachen sind aber nach den Anm. lit. a. offenbare Untüchtigkeit, Verwandtschaft, und besondere Pflichten. Hiernach sind vom Zwang zur Ablage eines Zeugnisses befreit:

1) Ascendenten, Descendenten, Seitenverwandte bis zum 7ten Grad römischer Computation, Eheleute, Verlobte, Stief-, Schwiegereltern und Kinder gegen einander, ausgenommen wenn die Wahrheit der Natur der Sache nach auf andere Weise nicht erwiesen werden kann, z. B. beim Beweis der Verwandtschaft, oder wenn der Zeuge beiden Theilen gleich nahe verwandt ist. Der Zeuge kann auf diese Befreiung verzichten, und sich vernehmen lassen, ist aber exceptionsmäßig;

2) Personen, welche vermöge ihrer Stellung zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, wie Staatsdiener, Beichtväter, Aerzte, Advocaten, Vormünder, Administratoren, in Sachen, welche ihnen vermöge ihrer Stellung bekannt sind. Diese Personen können auf ihre Befreiung nicht verzichten, und dürfen daher über Gegenstände, hinsichtlich welcher sie die Pflicht der Verschwiegenheit haben, nicht vernommen werden, auch wenn sie sich dazu bereit erklärten, ebensowenig

3) Untüchtige, s. u. §. 10.

4) Niemand braucht über eine Sache Zeugschaft zu geben, welche ihm selbst zum Schimpf gereicht, oder welche zu wissen ein Dritter kein Recht hat, weil sie bloß den Zeugen persönlich angeht, vgl. G. O. cap. X. §. 15. Nr. 5.

§. 9.

Renunciation auf die vorgeschlagene Zeugschaft.

Martin, §. 187. Bayer, S. 570.

Die Bestimmung der G. O., daß man vor geschehener Realproduction auf die Zeugen verzichten könne, hat eine wichtige Modification erlitten durch die Novelle von 1837 §. 42. Nach dem Gesetzbuch konnte nämlich der Beweisführer, welcher den Beweis durch Zeugen und Eidesdelation angetreten hatte, die ersteren auch in dem Fall vor der Real-

production fallen lassen, wenn der Gegner die Erklärung auf den Eid versäumte, und letzterer für recusirt galt, obgleich dieß schon früher ohne hinreichenden Grund bezweifelt wurde.

Dagegen bestimmt jetzt §. 42 cit.: wenn in der Beweisantretung mit andern Beweismitteln zugleich die eventuelle Eideszuschiebung benannt wird, der Gegentheil aber eine Erklärung hierauf abzugeben versäumt, so ist dessenungachtet mit der Vollführung des Beweises durch die andern Beweismittel zu verfahren, und nach deren Ergebniß das Erkenntniß zu fassen. Nur wenn gar nichts erwiesen worden, tritt die Annahme der Eidesverweigerung als Folge des Ungehorsams ein. Aus den Motiven zu dieser Stelle geht klar hervor, daß man dadurch für den angegebenen Fall jeden einseitigen Verzicht des Producenten auf seine Beweismittel, folglich auch auf die vorgeschlagenen Zeugen, nach abgelaufener Beweisfrist ausschließen wollte.

Wurde dagegen die Erklärung auf den eventuell zugeschobenen Eid nicht versäumt, so findet die Vorschrift der G. O. noch Anwendung: Producent kann bis zur geschehenen Realproduction auf die Zeugen verzichten, und z. B. einen referirten Eid sofort ableisten. Später kann er dieß nicht mehr, weil sie gemeinschaftlich werden, d. h. Product kann sie zur Erprobung seines directen und indirecten Gegenbeweises (arg. G. O. cap. XI. §. 5. Nr. 9 vergl. mit cap. IX. §. 12) benützen, vorausgesetzt nur, daß er den letzteren überhaupt rechtzeitig angetreten, und die Thatsachen, welche er durch die gemeinschaftlichen Zeugen beweisen will, bereits im ersten Verfahren behauptet hat. Diese Wirkung fällt nur dann wieder weg, wenn Producent auf den ganzen Beweis verzichtet.

§. 10.

Von untüchtigen Zeugen.

Martin, §. 193. Bayer, S. 464.

Untüchtige Zeugen sind

1) Personen unter 14 Jahren (zur Zeit der Zeugnißablegung) ohne Rücksicht auf das Geschlecht;

2) Blöde und Unsinnige; doch können sie in lichten Zwischenräumen über Thatsachen vernommen werden, welche sie in solchen wahrgenommen haben;

3) Blinde, Stumme oder Taube, soferne sie nicht über eine Thatsache deponiren, welche sie wohl wahrnehmen konnten, und über welche sie sich deutlich erklären können;

4) Kettensträflinge und wegen Meineids Verurtheilte. Die übrigen wegen eines Verbrechens Verurtheilten sind bloß zur Ablegung eines eidlichen Zeugnisses und nur während ihrer Strafzeit unfähig. Eine Ehrlosigkeit im Sinne der G. O. h. l. Nr. 4 gibt es nicht mehr;

5) Zeugen in eigner Sache, d. s. nicht bloß die Parteien selbst (z. B. Litisconsorten), sondern alle direct bei der Sache Interessirten, z. B. Eheleute, welche in Gütergemeinschaft leben, Gemeindeglieder, wenn die Sache singulos betrifft, Mitglieder einer societas, gemeinschaftliche Eigenthümer, alle Regreßpflichtigen, soferne der Streit von der Art ist, daß sie durch den Ausgang desselben ihrer Regreßpflicht entledigt werden können;

6) Beichtväter, s. o. §. 8;

7) diejenigen, von welchen erwiesen ist, daß sie für Ablegung des Zeugnisses etwas erhalten oder ein Versprechen angenommen haben. Ist es nicht erwiesen, aber wahrscheinlich, so sind sie exceptionsmäßig. Anm. zu §. 11 lit. l.

§. 11.

Von exceptionsmäßigen Zeugen.

Martin, §. 132. 193. Bayer, l. c.

Das Gesetzbuch zählt in gegenwärtigem §. eine Anzahl von Ursachen auf, welche einen Zeugen exceptionsmäßig machen. Obgleich dieß nach den Anm. lit. a. bloß beispielsweise geschieht, so ist doch die Aufzählung so erschöpfend, daß sich kaum eine auf die Person des Zeugen sich beziehende (über die durch die Beschaffenheit der Aussage exceptionsmäßigen Zeugen s. u. §. 17,) Ursache der Exceptionsmäßigkeit denken ließe, welche nicht in einer der sieben aufgeführten Nummern enthalten wäre. Nach der G. O. sind exceptionsmäßig

1) des Producenten Blutsverwandte, Ascendenten und Descendenten in infinitum, Seitenverwandte bis zum sechsten, Verschwägerte bis zum vierten Grad röm. Comp., ausgenommen,

a) wenn die Verwandtschaft auf beiden Seiten gleich ist, oder

b) wenn Gegner nichts einwendet (eine Ausnahme, welche nach den Anm. lit. a. bei allen exceptionsmäßigen Zeugen gilt), oder

c) wenn die Aussage gegen den Verwandten geht, oder

d) wenn die Wahrheit nach der Natur der Sache anders nicht zu erholen ist (nicht wenn Producent keine weitern Beweismittel hat), oder wo die Rechte sonst eine besondre Ausnahme machen, z. B. Bayerisches Landrecht Thl. I. cap. VI. §. 49 Nr. 4;

2) Leute von unbekanntem Stand, Herkommen, von verächtlicher Profession, Uneheliche. Dieß ist unpraktisch; Personen, welche nach der V. U. zu allen Staats- und

Ehrenämtern und zur Wahl als Landtagsabgeordnete fähig sind, können nicht mehr wegen ihres Standes als exceptionsmäßige Zeugen betrachtet werden. Nur Vaganten und Leute von schlechtem Leumund gehören noch hieher;

3) Alle, welche bei der Sache per indirectum interessirt sind, z. B. Gemeindeglieder bei einem Streit über das Gemeindevermögen. Die von der G. O. weiter

4) aufgeführte Armuth gibt heutzutage ebenfalls keinen Grund zur Exceptionsmäßigkeit mehr ab. Dagegen ist

5) die Exceptionsmäßigkeit der Juden und Ungläubigen in Processen ihrer Glaubensgenossen gegen Christen weder durch Gesetz, noch durch Gewohnheit aufgehoben.

6) Was dem Producenten mit ehelichen oder andern Pflichten, Gevatter- oder Hausgenossenschaft, großer Familiarität und Neigung, Schuldobligation und dergleichen zugethan ist. Dazu gehören namentlich Dienstboten, Patrimonialgerichtsholden, Amtsuntergebene. Mit Hausgenossenschaft ist dem Producenten nicht jeder zugethan, der mit ihm unter demselben Dache wohnt, und ihn vielleicht nicht kennt, sondern nur derjenige, welcher als Hausgenosse in einem näheren Verhältniß zu ihm steht. Das Verhältniß der Freundschaft oder Abhängigkeit muß zur Zeit der Zeugnißablegung noch bestehen, wenn der Zeuge dadurch exceptionsmäßig werden soll; nur darf Producent dasselbe nicht in der Absicht aufgelöst haben, um einen exceptionsfreien Zeugen zu erhalten. Anm. lit. h. Die unter Nr. 1 a—c. aufgeführten Beschränkungen gelten auch bei dieser Nummer, bei den Hausgenossen überdieß die Beschränkung sub d. ib. Anm. l. c.

7) Wer einer Bestechung, Subornation, oder etwa gar einer großen Feindschaft wider den Gegentheil verdächtig ist. Ist die Bestechung erwiesen, so ist der Zeuge untüchtig. Auch bei dieser Nummer gelten die Beschränkun-

gen sub Nr. 1 a—c, ferner darf die Feindschaft vom Producten nicht in der Absicht herbeigeführt worden seyn, um den Zeugen dadurch verdächtig zu machen. Anm. lit. m.

§. 12.

Unterschied zwischen untüchtigen und exceptionsmäßigen Zeugen.

Martin, l. c. Bayer, S. 470.

Untüchtige Zeugen sind von Amtswegen zu verwerfen, dabei kommt es nicht darauf an, wer sie vorschlug, oder ob gegen sie etwas eingewendet wurde oder nicht. Ist ihre Untüchtigkeit zweifelhaft, und vom Producten der Beweis derselben unternommen, so muß dieser zuerst durchgeführt werden, ehe die Zeugen vernommen werden, um unnöthige Zeugeneide zu vermeiden.

Exceptionsmäßige Zeugen werden nach den Anm. lit. a. zu §. 11 „nicht ex officio, sondern auf Instanz der Parteien verworfen," d. h. der Product muß gegen ihre Glaubwürdigkeit ausdrücklich excipiren, sonst gelten sie für vollkommen glaubwürdig. Dieses Excipiren kann sowohl in der Erklärung auf die Beweisantretung, als in der Deductionsschrift geschehen; ist aber ein Beweis der Exceptionsmäßigkeit nothwendig, so muß er innerhalb der für den Gegenbeweis vorgesteckten Frist angetreten werden; doch braucht mit der Vernehmung der exceptionsmäßigen Zeugen nicht gewartet zu werden, bis jener Beweis durchgeführt ist. Nur beim summarischen Verfahren, bei welchem Deductionen ausgeschlossen sind, müßte der Richter eine Exceptionsmäßigkeit, welche sich aus den Antworten des Zeugen auf die Generalfragen (§. 15) ergibt, von Amtswegen berücksichtigen. Exceptionsmäßige Zeugen machen nie vollen Beweis, — nach Umständen kann ihnen auch alle Beweiskraft abgehen. G. O. Nr. 4. —

Die Bestimmung sub Nr. 5 der G. O., daß bei Beurtheilung der Untüchtigkeit und Exceptionsmäßigkeit bloß auf die Zeit des Verhörs zu sehen sey, erleidet dann eine Ausnahme, wenn der Zeuge zur Zeit des Vorfalls die zur Wahrnehmung desselben erforderlichen Sinne nicht hatte, was namentlich bei den in §. 10 Nr. 1—3 aufgeführten Personen in Betracht zu ziehen ist.

§. 13.

Anzahl der Zeugen.

Martin, §. 132. Bayer, S. 456.

Der Beweisführer kann so viele Zeugen benennen, als ihm beliebt. Glaubt der Richter, die Anzahl der vorgeschlagenen Zeugen zur Verkürzung der Sache vermindern zu müssen, so ist jedenfalls die Wahl der zu Vernehmenden dem Producenten zu überlassen, welcher auch, falls die Vernommenen nichts Sachdienliches auszusagen vermochten, die Vernehmung der zurückgewiesenen Zeugen verlangen kann, sofern es nicht aus offenbarer Chicane geschieht.

Zu einem vollständigen Beweise gehören zwei Zeugen, die früheren Bestimmungen über den sog. moltigen Mund, wobei sieben Zeugen (Anm. lit. c), und den Beweis der Bezahlung einer schriftlich contrahirten Schuld, wozu fünf Zeugen nöthig waren, sind aufgehoben. Ausnahmsweise wird aber durch Einen Zeugen voller Beweis hergestellt; nämlich

1) im mündlichen Verhör bei Sachen unter 50 fl. s. o. cap. III. §. 3;

2) durch die Aussage des Gerichtsboten über geschehene Insinuation, soferne die vorgeschriebenen Formen dabei beobachtet wurden (Aufschrift auf dem Insinuandum, Einzeichnung ins Botenbuch);

3) durch das Zeugniß eines Sachverständigen, wenn nur ein einziger zu haben ist, s. u. cap. XII. §. 3;

4) wenn beide Parteien auf das Zeugniß eines Einzigen compromittiren (was indessen nicht schon dann angenommen werden kann, wenn beide denselben Zeugen vorschlagen).

§. 14.

Beeidigung der Zeugen.

Martin, §. 200. Bayer, S. 462.

Jeder Zeuge hat vor seiner Vernehmung den Zeugeneid zu leisten; ein unbeeidigter Zeuge macht keinen Beweis, die Parteien müßten denn auf die Beeidigung verzichtet haben. Dem Zeugeneid hat nach §. 48 der Novelle von 1837 eine dem Verhältnisse angemessene Anrede des Richters und die Ablesung der betreffenden Stellen des Strafgesetzbuchs (Thl. I. Art. 269. 265.) vorherzugehen. Dasselbe gilt von der Versicherung an Eidesstatt (St. G. B. Art. 271.)

Aus der in der G. O. sub Nr. 2 aufgeführten Eidesformel fallen heutzutage die Worte: „auch will ich dieses mein Zeugniß und meine Aussage verschweigen, bis sie gerichtlich eröffnet wird," weg, weil die Parteien der Vernehmung beiwohnen dürfen. — Die Formel eines Judeneides findet sich in den Anm. lit. e; er wird in der Regel bei Gericht geschworen, ausgenommen wenn Product auf Abschwörung in der Synagoge dringt, oder der Richter es selbst für rathsam findet.

Die Bestimmung der G. O. Nr. 4, wonach Prälaten, adelige und graduirte Personen ihr Zeugniß nicht mit einem körperlichen Eide, sondern nur bei ihren Ehren, Würden, Trauen und Glauben leisteten, ist heutzutage weg-

gefallen. Bloß Personen der königlichen Familie dürfen bei fürstlichem Glauben und Trauen deponiren. Siegelmäßige unterzeichnen die schriftliche, vom Commissär ihnen vorgelesene Eidesformel (V. U. Beil. VIII. §. 13), Stumme die Vollmacht für den Mandatar, der in ihrer Gegenwart den Eid für sie leistet. Anm. lit. g.

§. 15.

Von interrogatoriis.

Martin, §. 198. Bayer, S. 566.

Fragestücke können sowohl mit der Gegenbeweisantretung, jedoch nur gesondert in einer Beilage (sie werden dem Producenten nicht mitgetheilt, damit er die Zeugen nicht davon unterrichten kann), als auch allein bis zum Zeugenvernehmungstermine dem Gerichte übergeben werden, Nov. v. 1837 §. 45. Die unzulässigen hat der Richter von Amtswegen zu verwerfen.

Die Fragen werden in General- und Specialfragen eingetheilt; jene beziehen sich auf des Zeugen Namen, Wohnort, Stand, Alter, Religion, Verhältniß zu den Parteien und zur Streitsache, und sind vom Richter ex officio zu stellen, diese beziehen sich auf die nähere Aufklärung der Sache selbst; auch sie dürfen nach Nov. v. 1837 §. 46 vom Unterrichter von Amtswegen an die Zeugen gestellt werden, wo es sich darum handelt, Dunkelheiten oder Widersprüche zu entfernen.

Das Recht, Fragen an die Parteien zu stellen, kommt dagegen bloß den Obergerichten zu; dasselbe ist namentlich dann auszuüben, wenn eine in den Acten unklar enthaltene Thatsache der Erläuterung bedarf. Die Frage darf von der Partei nur zur Erklärung der von ihr vorgetragenen Thatsachen, nicht zum Nachschleppen von neuen Thatsachen benützt werden.

§. 16.

Von dem Zeugenverhör.

Martin, §. 200. Bayer, S. 569.

Die Bestimmungen der G. O. über das Zeugenverhör sind durch die Novelle von 1837 §. 46 und 47 wesentlich modificirt worden, indem durch dieses Gesetz den Parteien und ihren Anwälten erlaubt worden ist, dem Verhöre beizuwohnen. Es gelten nunmehr nach der Novelle im Zusammenhalt mit der Gerichtsordnung folgende Regeln:

Die Zeugen werden zum Verhör vorgeladen, und den Parteien vom Vernehmungstermin Nachricht gegeben, mit dem Bemerken, daß es ihnen frei stehe, demselben beizuwohnen. Unterbleibt die Notification, so tritt heilbare Nullität ein. Die erschienenen Zeugen werden ihrer etwaigen Pflichten gegen eine der beiden Parteien entbunden (wodurch sie indessen nicht exceptionsfrei werden), alle auf einmal vereidigt, und sodann einzeln in Abwesenheit der übrigen vernommen.

Die Vernehmung geschieht über die ex officio zu stellenden Generalfragen, dann über die einzelnen Beweisartikel und Fragestücke. Außerdem dürfen sowohl der Richter als die Parteien noch alle diejenigen Fragen stellen, welche zur Aufklärung über die Glaubwürdigkeit der Zeugen als nöthig erscheinen, oder welche aus dem Beweissatz entnommen sind, ferner Fragen über Thatumstände, welche den Zweck haben, die Rückerinnerung des Zeugen lebhafter zu machen, oder seine Aussagen an andern Beweismitteln oder an den Aussagen anderer Zeugen zu prüfen. Auch dürfen die Parteien, ehe dem Zeugen seine Aussagen vorgelesen werden, zur Erläuterung einzelner bestimmt zu bezeichnender Punkte auf weiteres Befragen desselben antragen; doch müssen sie alle Fragen durch den Richter stellen,

und dürfen den Zeugen bei Vermeidung der Wegweisung aus dem Gerichtszimmer und einer Geldstrafe von 5—50 fl. nicht unterbrechen. Widersprüche zwischen den Aussagen mehrerer Zeugen soll der Richter durch Fragen, und nach Umständen selbst durch Gegenüberstellung der Zeugen zu heben suchen.

Die Aussagen der Zeugen sind mit ihren eigenen Worten zu Protokoll zu nehmen, letzteres ist sodann vorzulesen, und von ihnen zu unterzeichnen. Gebärdenbemerkungen sind nicht mehr üblich, wenn nicht das Betragen des Zeugen ein besonders auffallendes war.

Nicht erschienene Zeugen sind auf einen nahen Termin bei angemessener Strafandrohung vorzuladen. Standesherren, Reichsräthe, Staatsräthe u. dgl. hohe Beamte, dann Kranke und Altersschwache werden in ihrem Hause vernommen.

§. 17.

Wie die Aussage beschaffen seyn müsse, wenn sie beweisen soll.

Martin, §. 132, 193. Bayer, S. 455.

Zur Glaubwürdigkeit eines Zeugen gehört, daß er die Wahrheit sagen wolle und könne; alle Umstände, welche eines von beiden bezweifeln lassen, schwächen die Beweiskraft des Zeugen, oder heben sie völlig auf. Dazu gehört es namentlich, wenn der Zeuge sich selbst widerspricht. Widerspricht er sich in der Hauptsache, so soll er nach den Anm. lit. c. untüchtig seyn, wenn in Nebensachen, bloß exceptionsmäßig; allein auch im letztern Fall muß es dem richterlichen Ermessen überlassen seyn, nach Umständen dem Zeugniß alle Beweiskraft zu versagen. Hieher gehört es ferner, wenn die Aussagen schwankend oder verwirrt, oder wenn die wahrnehmenden Sinne des Zeugen, z. B. sein Gesicht, Gehör mangelhaft sind.

Das Zeugniß muß sich auf den Beweissatz beziehen. Behauptet der Zeuge das Nichtdaseyn einer Thatsache, so hat seine Aussage bloß dann eine Beweiskraft, wenn die Negation durch Raum und Zeit begränzt ist, d. h. wenn Zeuge das Daseyn der Thatsache nothwendig hätte wahrnehmen müssen, hätte sie wirklich existirt. Ob dieß der Fall sey, hat der Richter durch angemessene Fragen von Amtswegen zu erforschen. Zeugen, welche bloß von Hörensagen deponiren, beweisen nichts, ausgenommen wo es sich um den Beweis einer bloßen Ueberlieferung (z. B. bei der unvordenklichen Zeit) handelt.

Endlich gehört zu einem vollen Zeugenbeweise, daß ein Zeuge wenigstens noch mit einem andern Zeugen über das, was zu beweisen ist, in seiner Aussage einstimmig sey. Dieß ist dann der Fall, wenn mehrere Zeugen über ein und dieselbe Thatsache gleichförmig aussagen; widersprechen sie sich, oder sagen sie über verschiedene Thatsachen aus, so nennt man sie testes singulares. Ueber den Widerspruch mehrerer Zeugen (singularitas obstativa) s. u. §. 20. Sagt jeder Zeuge über eine verschiedene Thatsache aus, welche unter einander in keinem Zusammenhange stehen (singularitas diversicativa), so ist jede dieser Thatsachen zur Hälfte bewiesen. Bezeugen sie dagegen verschiedene Thatsachen, welche in einem Zusammenhang stehen, ein Thatverhältniß bilden (singularitas adminiculativa), so erscheint dadurch dieses letztere zwar mehr als halb, aber nicht als vollständig bewiesen; doch soll es nach den Anm. lit. e. im arbitrium judicis stehen, nach Umständen, wo die Zeugenaussagen so genau ineinander greifen, daß der Richter vollkommen überzeugt wird (L. 3 §. 2 D. de test.), vollen Beweis anzunehmen — eine Auslegung, welche der Text des Gesetzes wohl zuläßt.

§. 18.

Von dem Zeugenrotulus und der Publication.

Martin, §. 201—203. Bayer, S. 572.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen sind durch die Novelle von 1819 §. 15 antiquirt. Hiernach wird das Vernehmungsprotokoll unverschlossen zu den Acten gelegt, und den Parteien eröffnet, daß es ihnen frei stehe, aus dem Protokolle Auszüge zu machen, oder Abschriften zu verlangen, und binnen 30tägiger peremtorischer Frist (welche nicht verlängert werden darf,) Deductionsschriften einzureichen. Die eingereichten Deductionen sind ohne Schriftenwechsel bloß beiderseits zur Nachricht mitzutheilen.

Diese Deductionen finden weder im mündlichen Verhör noch bei summarisch zu verhandeluden Sachen, sondern nur im ordentlichen Verfahren statt, und auch hier bloß dann, wenn der Beweis durch Zeugen geführt wurde; doch können sie sich in diesem Falle auch über das Resultat des durch andre Mittel gelieferten Beweises verbreiten.

Ueber den Zeugenrotulus vergl. Anm. lit. d. und V. O. vom 2 Febr. 1830 (Lichtmeßverordnung).

§. 19.

Ob noch ein weiteres Zeugenverhör nach der Publication zugelassen werde.

Neue, in der Beweisantretung nicht benannte Zeugen können nur dann vernommen werden, wenn

1) der Beweisführer sie erst nachträglich in Erfahrung brachte; der bloße Umstand, daß er ihre Benennung anfangs nicht für sachdienlich hielt, reicht nicht hin. Er muß auf Begehren der Gegenpartei den Noveneid leisten (Anm. lit. e. cap. IX. §. 13. lit. e), vergl. u. cap. XIII. §. 6. Aber auch ohne den Noveneid ist ein Nachbringen neuer Zeugen

2) in dem Fall zulässig, wenn ein vorgeschlagener Zeuge, ehe er vernommen wurde, wegfiel, z. B. durch Tod. Davon. s. o. cap. IX. §. 13.

War dagegen die erste Vernehmung unförmlich, so dürfen nur die nämlichen Zeugen noch einmal vernommen werden. Uebrigens ist in allen diesen Fällen gegen das eine neue Zeugenvernehmung anordnende Decret nach Nov. v. 1837 §. 51 nicht mehr selbständige Berufung, sondern bloß Verwahrung zulässig.

§. 20.

Von sich widersprechenden Zeugen und deren Beweiskraft.

Bereits oben §. 16 wurde die Vorschrift der Nov. v. 1837 §. 17 angeführt, wonach der Richter Widersprüche, welche sich zwischen den Aussagen mehrerer Zeugen ergeben, sowohl von Amtswegen als auf Antrag der Parteien durch wiederholte Fragen, und wo dieses nicht zum Ziele führt, nach Umständen selbst durch gleichzeitiges Vorrufen und Befragen der widersprechenden Zeugen zu heben trachten soll.

Läßt sich auf diese Weise der Widerspruch nicht beseitigen, so treten die Regeln des gegenwärtigen Paragraphen der G. O. ein.

Widersprechen sich nämlich die Zeugen bloß in Nebenumständen, so hat das richterliche Ermessen zu entscheiden, inwiefern dadurch die Glaubwürdigkeit auf der einen oder andern Seite geschwächt werde. Widersprechen sie sich in der Hauptsache, so kommt es auf die Qualität und Anzahl der Zeugen an. Das Zeugniß eines classischen Zeugen wird nie durch den Widerspruch eines untüchtigen geschwächt; wie viel ihm der Widerspruch eines exceptionsmäßigen von seiner Glaubwürdigkeit entziehe, steht im richterlichen Ermessen. Widerspricht ein classischer Zeuge einem andern

classischen, so hebt sich ihr Zeugniß gegenseitig auf, widerspricht er zweien, so machen diese halben Beweis, wenn dreien oder mehreren, so beweisen diese vollständig. Stehen auf jeder Seite zwei oder mehrere unter einander gleichförmige, so sind diejenigen vorzuziehen, deren Zeugniß am glaubwürdigsten ist, oder wenn sie auch darin gleich sind, die Zeugen des Beklagten. Doch ist in diesem Fall wohl immer auf einen nothwendigen Eid zu erkennen.

§. 21.

Von dem Beweise zum ewigen Gedächtniß.

Martin, §. 315. Bayer, S. 444.

Der Beweis zum ewigen Gedächtniß kann auf Seite des Klägers sowohl vor als nach der Klagestellung, auf Seite des Beklagten sowohl vor als nach der Litiscontestation vorkommen. Will Kläger einen Beweis z. e. G. vor der Einreichung einer Klage führen, so muß er bescheinigen, daß er an rechtlicher Stellung seiner Klage gehindert, und daß Gefahr des Verlustes eines Beweismittels vorhanden sey; will er ihn nach der Einreichung führen, so braucht er bloß das letztere zu bescheinigen. Stellt der Beklagte das Gesuch um Aufnahme eines Beweises z. e. G. vor der Litiscontestation, so bedarf es keiner Bescheinigung, stellt er es nach der Litiscontestation, so muß er ebenfalls die Gefahr bescheinigen.

Das Gesuch ist bei dem Gerichte, zu welchem die Hauptsache gehört, anzubringen; nur in sehr dringenden Fällen kann man sich nach den Anm. lit. a. an das Gericht wenden, unter welchem der Zeuge sich befindet, und auf einen solchen Fall ist wohl die Bestimmung der G. O. cap. X. §. 2 nicht anwendbar, soferne nur die Vernehmung unter den gehörigen Förmlichkeiten geschah.

Die Vernehmung selbst hat ganz in der gewöhnlichen Weise (s. o. §. 16) stattzufinden; beide Parteien sind dazu monitorisch vorzuladen, Product kann Fragestücke einreichen; könnte er wegen Dringenheit der Sache nicht mehr geladen werden, so müßte wenigstens ein Officialanwalt für ihn aufgestellt werden. — Das Vernehmungsprotokoll wird offen zu den Acten gelegt, und kann von den Partcien eingesehen werden. Für den Kläger verliert es seine Beweiskraft, wenn er die Klage nicht innerhalb Jahresfrist nach dem Verhör, oder sofern ihr ein Hinderniß im Wege steht, nach Entfernung dieses Hindernisses anstellt.

Durch das Gesuch um Vernehmung von Zeugen zum ewigen Gedächtniß übernimmt der Gesuchsteller nicht die Verbindlichkeit, im Proceß einen Beweis zu führen, der dem Gegner obliegt. Wenn ihn aber „im Processe die Ordnung zum Beweise trifft", kann er sich auf die vernommenen Zeugen beziehen, oder auch sie fallen lassen, doch wird dadurch dem Producten nicht das ihm nach §. 9. o. zustehende Recht benommen, den durch die Realproduction gemeinschaftlich gewordenen Zeugen für sich zu benützen (der Text des Gesetzes rechtfertigt nach den Anm. lit. g. eine Ausnahme von §. 9 cit. nicht).

Daß demjenigen, auf dessen Gesuch hin ein Zeuge z. e. G. vernommen wurde, dadurch nicht das Recht entzogen wird, wenn es zum Proceß kommt, außer dem bereits vernommenen Zeugen noch mehrere zu benennen, versteht sich von selbst. Die Beschränkung der G. O., wonach dieß nur so lange das Vernehmungsprotokoll noch verschlossen war, stattfinden konnte, ist mit dem Verschließen des Protokolls selbst weggefallen.

Eilftes Capitel.

Von dem Beweise durch schriftliche Urkunden.

§. 1.

Von schriftlichen Urkunden überhaupt.

Martin, §. 205. Bayer, S. 488.

Urkunden im e. S. sind schriftliche Aufzeichnungen (die Einschnitte auf Kerbhölzern einbegriffen). Sie enthalten entweder

1) juristische Handlungen, welche durch sie vollbracht werden, z. B. Testamente, schriftliche Injurien, oder

2) Geständnisse, oder

3) Zeugnisse über Thatsachen und Verhältnisse, welche den Aussteller selbst oder einen Dritten betreffen.

Die Urkunden sub 1 machen vollen Beweis, nur ist dieß eigentlich kein Urkundenbeweis, sondern ein Beweis durch Augenschein. Die Urkunden sub 2 machen ebenfalls vollen Beweis sowohl gegen den Aussteller als gegen Dritte, soferne nur die Erfordernisse eines Geständnisses (s. u. cap. XII. §. 1) vorhanden sind. Bei den Urkunden sub 3 ist zwischen öffentlichen und Privaturkunden zu unterscheiden; jene machen, so weit sie ein Zeugniß einer Amtsperson (im w. S.) über eigne Wahrnehmungen enthalten, vollen Beweis, diese sind als documenta pro scribente, resp. wenn sie einen Dritten betreffen, als unbeschworene Zeugnisse völlig beweislos.

Man nennt diese Eigenschaft der Urkunde, als Beweismittel zu dienen, Glaubwürdigkeit. Die Gewißheit, daß die Urkunde von dem angegebenen Aussteller herrühre, heißt Aechtheit, das Vorhandenseyn der für gewisse Urkunden gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten begründet die Gültigkeit derselben.

Die Urkunden werden eingetheilt in öffentliche und Privaturkunden, Originalien und Abschriften. Von letzteren handelt §. 4; die erstere Eintheilung ist nach dem so eben Angegebenen auf die Glaubwürdigkeit von Einfluß, sie ist aber auch für die Aechtheit von Bedeutung, indem diese bei öffentlichen Urkunden präsumirt wird, während bei Privaturkunden Producent den Beweis derselben führen muß, wenn sie vom Producten bestritten wird.

§. 2.

Von documentis publicis.

Martin, §. 206. Bayer, S. 491.

Zu den öffentlichen Urkunden, welche vollen Beweis machen (vgl. §. 1), gehören alle auctoritate publica aufgenommenen Verhandlungen, d. s. nicht bloß gerichtliche Protokolle, sondern alle von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Schranken ihres Wirkungskreises gepflogenen Verhandlungen. Oeffentlichen Glauben haben auch manche Urkunden einzelner Amtspersonen, welchen nicht der Charakter einer Behörde beigelegt ist, z. B. die Insinuationsaufzeichnungen des Gerichtsdieners.

Pfarr- und Kirchenbücher machen vollen Beweis über das, was der Geistliche mit eigenen Augen wahrgenommen hat, doch werden Taufscheine nach einer constanten Praxis als volles Beweismittel für die Geburt eines Kindes, Leichenscheine deßgl. für den Tod einer Person angenommen.

Das definitive Grundsteuerkataster macht nach dem Gesetz vom 15 Aug. 1828 nicht allein vollen Beweis über die Steuerverhältnisse, sondern auch über die auf einem Grundstücke eingetragenen Rechte und Verbindlichkeiten.

Den öffentlichen Urkunden sind in Bezug auf die Präsumtion der Aechtheit die archivalischen Urkunden gleichgestellt, d. s. die in einem Archiv aufbewahrten. Das Recht, ein solches zu halten, ist ein Ausfluß der Landeshoheit; nur solchen Standesherren und früheren freien Reichsstädten steht es zu, welche dasselbe hergebracht, und bis jetzt durch bestätigte Archivbeamte unter der Oberaufsicht der Staatsregierung ausgeübt haben.

Grund-, Urbar-, Saal- und Lagerbücher, Stifts-, Zins-, Scharwerksregister und dergleichen (z. B. Gutsrechnungen) beweisen „nach Gestalt der Dinge" allein, oder in Verbindung mit dem Erfüllungseid. Dieß „nach Gestalt der Dinge" wird von den Anm. lit. e. dahin erläutert, daß die gedachten Urkunden dann vollen Beweis liefern, wenn sie mit Zuziehung sämmtlicher Interessenten gefertigt sind, oder wenn bereits in einem Streite unter denselben Parteien einmal auf die Urkunde gesprochen worden ist, oder wenn die Interessenten selbst einmal auf die Urkunde recurrirt, und sie somit anerkannt haben. In den übrigen Fällen dagegen, namentlich wenn die Urkunde durch ihr Alter, oder andere adminiculirende Umstände unterstützt wird, darf höchstens auf den Erfüllungseid erkannt werden. Dieser ist darauf zu richten, der Schwörende sey der Ueberzeugung, daß sich der Inhalt der Urkunde in Wahrheit verhalte.

Den öffentlichen Urkunden werden ferner die Notariatsurkunden gleichgestellt. Indessen sind die von der G. O. hiebei aufgestellten Vorschriften heutzutage nur noch für die Prüfung der Gültigkeit älterer Notariatsinstrumente von

Bedeutung, da das Institut der Notare weggefallen ist, s. o. cap. II. §. 6.

Dasselbe gilt hinsichtlich der Vorschriften über die Urkunden siegelmäßiger Personen. An die Stelle dieser Vorschriften sind nunmehr die Bestimmungen der Verfassungsurkunde Beil. VIII. §. 2 fg. getreten. Hiernach können siegelmäßige Personen über jene unstreitigen Rechtsgeschäfte, wozu bei unsiegelmäßigen Personen die obrigkeitliche Protokollirung und Verbriefung nothwendig ist, z. B. Eheverträge, Vollmachten, Vergleiche und dergl. ihre Urkunden durch Unterschrift und Siegel selbst mit gleicher Kraft fertigen. Bei zweiseitigen auf gegenseitigen Vortheil gerichteten Verträgen eines Siegelmäßigen mit einem Unsiegelmäßigen ist die Urkunde des letzteren vor Gericht zu errichten.

Der Zuziehung von Zeugen oder der Mitunterschrift eines zweiten Siegelmäßigen bedarf es demnach nicht mehr. Dagegen ist auch die Gleichstellung der Urkunden Siegelmäßiger mit öffentlichen Urkunden weggefallen, denn die V. U. gesteht ihnen dieses Vorrecht nicht mehr zu; sie bedürfen deßhalb eines Aechtheitbeweises ebenso, wie Privaturkunden, sie mögen von einem Siegelmäßigen mitunterzeichnet seyn oder nicht.

§. 3.

Von documentis privatis.

Martin, l. c. Bayer, S. 492.

Privaturkunden unterscheiden sich von öffentlichen hauptsächlich dadurch, daß bei ersteren die Aechtheit nicht präsumirt wird, sondern bewiesen werden muß. Ist sie aber bewiesen, so liefern:

1) Privaturkunden, welche eine Handlung enthalten (s. o. §. 1), vollen Beweis.

2) Ebenso macht die Urkunde vollen Beweis sowohl gegen den Aussteller, als gegen Dritte, wenn sie ein Geständniß enthält. Nur müssen die Erfordernisse eines gültigen Geständnisses vorhanden seyn, namentlich Handlungsfähigkeit, Dispositionsbefugniß und ein ernstlicher Wille. Letzterer wird präsumirt, wenn das Geständniß demjenigen gegenüber abgelegt wird, welcher dadurch ein Beweismittel erhalten soll; dagegen kann er nicht überall als vorhanden angenommen werden, wo das Geständniß einem Dritten gegenüber abgelegt wird, insbesondere wo damit irgend ein Nebenzweck verbunden erscheint.

3) Enthält die Urkunde ein Zeugniß für den Aussteller selbst, oder einen Dritten, so ist sie ohne alle Beweiskraft.

Von dieser letzten Regel machen bloß die Handelsbücher concessionirter Kaufleute und Fabricanten eine Ausnahme, deren Einträge in Streitigkeiten über Handelsschulden sowohl gegen Kaufleute als Nichtkaufleute so viel Beweis liefern, daß der Producent zum Erfüllungseid gelassen werden kann. Dieser Eid, zu welchem man sich erbieten muß, geht dahin, daß der Schwörende von der Richtigkeit der Buchseinträge überzeugt sey; stirbt der Producent, so müssen ihn die Erben leisten. Dabei wird in allen Fällen vorausgesetzt, daß der Schwörende von gutem Leumund und das Buch ordentlich geführt sey, d. h. es müssen die Einträge in deutscher Sprache Tag für Tag geschehen (Journal, doch kann auch die Vorlage der andern Bücher verlangt werden), die causa debendi muß speciell ausgedrückt, das Buch gebunden und paginirt seyn, auch dürfen keine Blätter fehlen. Unter diesen Bedingungen ist aber das Handelsbuch eines Juden gegen einen Christen ebenso beweiskräftig als umgekehrt, denn die Ausnahme der Anm. lit. g, welche in

jenem Fall dem Christen den Reinigungseid auferlegt wissen wollen, widerspricht dem klaren Sinn des Gesetzes.

Nicht ganz dieselbe Beweiskraft wie den Handelsbüchern kommt den Büchern der Handwerker, Bierbrauer, Gastwirthe, Apotheker, Aerzte, Advocaten und Sensale zu. Diese beweisen nämlich in Verbindung mit dem Ergänzungseid nur den Betrag der Forderung, wogegen deren Existenz auf andere Weise nachgewiesen werden muß.

Ueber die beim Beweis durch Kerbhölzer zu beobachtenden Rücksichten vergl. Anm. lit. h.

§. 4.

Von Originalien und Abschriften.

Martin, §. 205, 207. Bayer, S. 490, 497.

Wird eine Urkunde von den Interessenten mehrmals errichtet, so sind ebensoviele Originalien vorhanden, von welchen eines so viel beweist, als das andere. Wird dagegen von einem Originale eine Abschrift genommen, so kommt es darauf an, ob es eine einfache, oder eine unter den vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten beglaubigte ist. Erstere beweist nichts, ausgenommen wenn sie sehr alt, und entweder im Archiv befindlich, oder wenigstens von einer bekannten Gerichts- oder Kanzleihand geschrieben, auch zugleich durch andere ähnliche Behelfe unterstützt wird, unter welchen Umständen im richterlichen Ermessen steht, ob und wie weit sie Glauben verdient. Letztere beweist so viel, wie das Original.

Zu einer wirksamen Vidimation wird die vom Gericht unter Zuziehung sämmtlicher Interessenten geschehene Beglaubigung erfordert. Dieser Act ist von dem für die Hauptsache competenten Gerichte vorzunehmen, nur in dringenden Fällen kann er auch bei dem Gericht des Impetranten, oder wo sich die Originalurkunde befindet, geschehen. Die

Interessenten werden dazu unter dem Präjudiz vorgeladen, daß bei ihrem Ausbleiben die Vidimation dennoch vorgenommen würde, und daß sie später die Einrede der Unförmlichkeit nicht vorschützen könnten.

Uebrigens wird nach einer constanten Praxis auf den Grund neuerer Gesetze die Beobachtung der von der G. O. für die Vidimation vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei gerichtlich beglaubigten Abschriften von Protokollen, ferner bei beglaubigten Extracten aus öffentlichen Büchern und Matrikeln für überflüssig gehalten. Vgl. V. U. Beil. V. §. 8. Hyp. Ges. vom 1 Jun. 1822 §. 110, 116.

Wird der Beweis durch eine gehörig vidimirte Abschrift geführt, so kann dennoch sowohl der Richter, als der Product auf die Vorlage des Originals dringen, sofern es noch vorhanden ist.

§. 5.

Von Producirung und Uebergebung der Documente.

Martin, §. 209 fg. Bayer, S. 573.

Wird der Beweis durch Urkunden angetreten, so sind dieselben innerhalb der Beweisfrist im Original, oder in Abschrift mit dem Erbieten zur Originalproduction zu übergeben, es müßte sich denn bereits eine solche nach der im Eingange des gegenwärtigen Paragraphen enthaltenen Vorschrift (vgl. o. cap. IV. § 12) bei den Acten befinden, in welchem Fall man sich bloß auf dieselbe mit dem Erbieten zur Originalproduction bezieht. Beweisartikel werden dabei nicht gestellt, wenn nicht der Beweis außer den Urkunden auch durch Zeugen angetreten wird. Wurde die Urkunde schon im Vorverfahren der Klage, Einrede u. s. w. beigelegt und vom Gegner diffitirt, so ist mit der Beweisantretung sofort der Beweis über die Aechtheit der Urkunde anzutreten (obschon die Praxis häufig nochmalige Production der Ab-

schrift und Aufforderung des Producten zur Erklärung zuläßt). Außer dem letzteren Falle wird der Product aufgefordert, binnen der Gegenbeweisfrist seine Erklärung auf die Urkunde abzugeben, widrigenfalls sie für anerkannt erachtet würde. Erklärt er sich nicht, so wird dieß Präjudiz (nach Umständen in Verbindung mit dem Enderkenntniß) verwirklicht; verlangt er die Production des Originals, so wird Termin hiezu anberaumt, und Producent unter dem Rechtsnachtheil der Präclusion mit seiner Urkunde, Product unter dem, daß sie von seiner Seite für anerkannt gehalten würde, vorgeladen.

Bleibt einer von beiden aus, so wird das gedrohte Präjudiz verwirklicht. Ein Restitutionsgesuch des Producten ist nach Nov. v. 1837 §. 38 zu beurtheilen, ebenso das des Producenten, wenn es sich darauf gründet, daß er durch ehehafte Ursachen an der Production verhindert worden sey. Gründet es sich darauf, daß das Original erst nach dem Termin zum Vorschein gekommen sey, so reicht der Eid des Producenten zur Restitution hin. Bleiben beide Theile aus, so ist der terminus circumductus. Erscheinen beide Theile, so muß Producent das Original oder die vidimirte Abschrift der Urkunde vorlegen, Product sich über ihre Aechtheit erklären. Letzterer kann mit dieser Erklärung Einreden gegen die producirte Urkunde verbinden (nur darf er, wenn aus einer Urkunde der oben §. 1 Nr. 1 bezeichneten Art geklagt wurde, keine Einrede nachschleppen, welche bereits in das Vorverfahren gehörte). Diese Beweiseinreden können auch in der Deductionsschrift, falls der Beweis zugleich durch Zeugen geführt wird, näher begründet werden; bedürfen sie jedoch eines Beweises, so muß dieser bereits vom Producten mit dem Gegenbeweis angetreten worden seyn, worauf derselbe mit dem Hauptbeweise gleichzeitig instruirt wird.

Ist die producirte Urkunde ein documentum *connexum*, z. B. ein Vertrag, Testament, Schuldbrief, eine Quittung, so muß sie ganz vorgelegt werden; ist sie dagegen ein documentum non connexum, z. B. ein Kirchen-, Saal-, Lager-, Handelsbuch, so braucht bloß die betreffende Stelle vorgelegt zu werden. Doch kann der Richter die Einsicht des ganzen Documents verlangen; findet er Mängel, so hat er den Producten darauf aufmerksam zu machen.

Mit einem instrumentum *referens* ist zugleich das relatum vorzulegen, nur heißt referens eine Urkunde nicht dann, wenn sie einer andern überhaupt erwähnt, sondern bloß dann, wenn sie auf eine andere so verweist, daß sie nur in Verbindung mit dieser eine vollständige Urkunde ausmacht.

Ist eine Urkunde einmal producirt, so wird sie gemeinschaftlich, d. h. aber nicht, daß der Producent alles was in der Urkunde steht, gegen sich gelten lassen muß (ausgenommen Urkunden der §. 1 Nr. 1 bezeichneten Art), sondern daß er dieselbe später nicht mehr als unächt anfechten kann, und daß er die Zugeständnisse, welche sie enthält, nur unter den denselben beigefügten Limitationen und Bedingungen geltend machen kann. Dagegen erlangen durch die Production selbständige Behauptungen des Producten in der Urkunde zu seinem Vortheil so wenig Beweiskraft, als eine Urkunde überhaupt pro scribente beweist.

Die probatio ad perpetuam rei memoriam erfordert bei einer Urkunde dieselbe Bescheinigung, wie bei Zeugen (s. o. cap. X. §. 21). Eine zur Vornahme derselben hinreichende Gefahr ist nach den Anm. lit. k. z. B. dann vorhanden, wenn die Urkunde durch Zeugen recognosciren zu lassen nöthig ist, wenn der Inhaber eine weite Reise vorhat, wenn wegen Pest- oder Kriegszeiten der Verlust zu befürchten ist.

§. 6.

Von Herausgebung und Edirung der Urkunden.

Martin, §. 316, 317. Bayer, S. 582.

Bekanntlich hat derjenige, welcher an der Besichtigung einer beweglichen Sache ein rechtliches Interesse hat, gegen den Besitzer derselben die actio *ad exhibendum* auf Vorzeigung der Sache. Wird diese Klage vor oder während eines Processes von einer der beiden Parteien gegen die andere oder gegen einen Dritten wegen einer zur Beweisführung dienlichen Urkunde angestellt, so heißt die Klage ein Editionsgesuch, und in solchem Falle treten besondere Vorschriften sowohl über das Verfahren, als die Verbindlichkeit zur Exhibition ein.

I. Was die Verbindlichkeit zur Edition betrifft, so muß

1) der Kläger dem Beklagten regelmäßig alle Urkunden ediren, welche demselben zu seiner Vertheidigung dienen können. Nur dann braucht er es nicht, wenn sie

a) zu seiner, des Klägers, eigener Schande gereichen, oder wenn

b) der Beklagte sie zum Beweis einer Einrede bedarf, die er auch klagsweise vorbringen könnte, und welche deßhalb mehr eine Gegenforderung oder Compensation in sich enthält, als eine Vertheidigung gegen die Klage. Der Text des Gesetzes „wenn die dadurch zu beweisende Exception auch klagweise vorgebracht werden könnte, und mehr eine Reconvention als Compensation in sich hielte," — ist offenbar sinnlos und corrupt (das „in sich hielte" läßt sich unmöglich dahin interpretiren: „wenn sie wenigstens eventuell als Widerklage angestellt wurde"), er soll heißen: „Reconvention oder Compensation" vergl. Anm. lit. b. Daß die Einrede im Wege einer förmlichen Widerklage

geltend gemacht werde, ist nicht nöthig, der Ausdruck „Reconvention" ist bloß des schärferen Gegensatzes wegen für „Gegenforderung" gebraucht.

2) Der Beklagte braucht dem Kläger umgekehrt regelmäßig keine Urkunden zu ediren, ausgenommen

a) wenn sie dem letzteren zugehörig (sein Eigenthum vergl. Anm. lit. c), oder gemeinschaftlich sind. Dieß sind z. B. Contracte für die Contrahenten, letztwillige Verfügungen für sämmtliche Interessenten, Rechnungen, Stifts-, Saal- und Lagerbücher u. s. w., obgleich die Anm. lit. c. letzteres mit Unrecht widersprechen;

b) wenn Kläger ihrer zu seiner Replik bedarf;

c) wenn der Richter es aus einem besondern Grunde (nicht aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten) in concreto für billig findet.

Wenn die Anm. überdieß hinzufügen, dem Fiscus gegenüber müßte der Beklagte Urkunden unbedingt ediren, so entbehrt diese Behauptung der Gesetzeskraft.

3) Ein Dritter ist einer Partei gegenüber nicht zur Edition verpflichtet, ausgenommen, wenn die Urkunde dem Imploranten gehört, oder gemeinschaftlich ist. Die weitere Ausnahme, welche die Anm. lit. d. rücksichtlich der documenta publica, z. B. Gerichtsacten, Notariatsprotokolle u. s. w., machen wollen, ist unbegründet: die Einsicht solcher Documente kann keineswegs von jedermann verlangt werden, sondern bloß von solchen, welchen sie gemeinschaftlich sind, d. h. welche ein rechtliches Interesse haben, z. B. alle Personen, welche interveniren können, Successoren u. s. w.

II. Was das Verfahren betrifft, so kann das Editionsgesuch vor oder während des Processes, in einer eigenen Eingabe, oder in Verbindung mit einem andern Exhibit, z. B. der Klage, Beweisantretung, angebracht werden; nur wenn es gegen einen Dritten gerichtet ist,

muß immer eine eigne Klage bei seinem Forum gegen ihn angestellt werden. In dem Gesuch ist die Urkunde genau zu bezeichnen (wo möglich durch eine Abschrift) und ihre Sachdienlichkeit zu bescheinigen, soferne dieselbe nicht aus der Bezeichnung der Urkunde ohnedieß hervorgeht. Ueberdieß muß Implorant beweisen, oder wenigstens wahrscheinlich machen, daß Implorat die Urkunde besitze, oder gefährlicher Weise aus den Händen gelassen habe.

Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so wird das Gesuch abgewiesen; außerdem wird es dem Gegner zur Erklärung binnen kurzer Frist bei Vermeidung des Ausschlusses mit seinen Einwendungen hinausgegeben. Erklärt er sich nicht, oder findet der Richter nach gepflogener Verhandlung (über das Verfahren s. o. cap. III. §. 3. Nr. I. a. E.) das Gesuch begründet, so wird Implorat verurtheilt, und zwar

1) hat der Implorant vollständig bewiesen (wozu Eidesdelation nicht benützt werden kann), daß der Implorat die Urkunde habe, oder hat dieser es nicht geläugnet (liti se obtulit), so wird er unbedingt zur Edition der Urkunde verurtheilt. Gibt er sie nicht heraus, so wird, wenn der Editionspflichtige Kläger ist, derselbe mit seiner Klage bis auf erfolgte Edition nicht mehr gehört. Ist er Beklagter, so wird der Gegner zur Beschwörung des vermeintlichen Inhalts des Documentes gelassen, und hierauf gerade so verfahren, als wäre dasselbe wirklich producirt und richtig befunden worden. Gegen einen dritten Besitzer kann auf Geld- oder Gefängnißstrafe (abgesehen vom Schadensersatz) angetragen werden.

2) Hat dagegen Implorant den Besitz auf Seite des Gegners bloß wahrscheinlich gemacht, so wird letzterer alternativ zur Edition oder zur Ableistung des Editionseides „daß er das geforderte Document weder besitze, noch gefährlich aus seinen Händen gelassen habe, auch nicht wisse,

wo dasselbe zu finden sey, oder wer es dermal besitzen möchte," — verurtheilt. Leistet er keines von beiden, so treten ebenfalls die so eben angegebenen Folgen ein.

Wird die Urkunde edirt, so ist sie nach gemachtem Gebrauch wieder zurückzustellen, sie müßte denn dem Implorauten eigenthümlich gehören, und Implorat zur Restitution derselben verurtheilt seyn.

§. 7.

Von Recognoscirung der Documente.

Martin, §. 207. Bayer, S. 499.

Eine Urkunde macht nicht eher vollen Beweis, bis dem Producten Gelegenheit gegeben ist, sich über ihre Aechtheit zu erklären. Diese Erklärung hat zu erfolgen, sobald die Urkunde im Original oder in Abschrift producirt wurde, es mag dieß im Vorverfahren (cap. IV. §. 12), oder im Beweisverfahren geschehen seyn. Erklärt sich Product nicht, oder in unbestimmten Aeußerungen, z. B. er lasse das Document auf seinem Werth oder Unwerth beruhen, — so gilt die Aechtheit für zugestanden, ohne daß es der Androhung dieses Präjudizes bedarf (eine Ausnahme s. o. cap. V. §. 11 Nr. 1. Nov. v. 1837 §. 18).

Läugnet der Gegner die Aechtheit der Urkunde, so tritt das im folgenden Paragraph beschriebene Verfahren ein; behält er sich seine Erklärung über die Aechtheit bis zur Vorlage des Originals vor, so ist Termin zur Originalproduction anzuberaumen, und Product bei Privaturkunden zur Recognition oder Diffession, bei öffentlichen Urkunden zur Inspection vorzuladen. Das Nähere über diesen Productionstermin s. o. §. 5 und folgenden §. 8.

§. 8.

Von Diffitirung der Documente.

Martin, §. 211 fg. Bayer, S. 576.

Läugnet der Product die Aechtheit einer Privaturkunde, so muß Producent den Beweis derselben führen, und zwar ist dieser Beweis, wenn die Diffession bereits im Vorverfahren geschah, innerhalb der zur Beweisantretung vorgesteckten Frist, geschah sie in der Erklärung auf die Beweisantretung, innerhalb einer vom Richter vorzusteckenden Frist, geschah sie erst im Productionstermine, noch in diesem Termine selbst anzutreten. Wenn es in der G. O. Nr. 1 heißt, Producent müsse den Inhalt des Documents auf andere Weise, als durch das diffitirte Instrument beweisen, so kann dieß bloß vom ersten Fall, wo die Urkunde bereits im Vorverfahren diffitirt wurde, buchstäblich verstanden werden; denn wurde sie im Beweisverfahren diffitirt, so kann der Beweis nur auf die Aechtheit gerichtet seyn, wogegen ein Nachschleppen neuer Beweismittel über den Inhalt unzulässig wäre.

Der Aechtheitsbeweis kann auf dreierlei Weise geführt werden, durch Zeugen (welche den Producten das Document schreiben, oder durch einen Andern schreiben lassen sahen, oder welche von ihm selbst hörten, daß er es einmal als das seinige anerkannte, und in diesen Fällen kann die Aechtheit des Documents durch zwei classische Zeugen vollständig hergestellt werden), oder durch Schriftenvergleichung, oder durch Zuschiebung des Diffessionseides.

Die Schriftenvergleichung kann auf zweierlei Weise stattfinden, durch Zeugen, welche die Handschrift des Ausstellers der Urkunde kennen, oder durch Sachverständige, welche das Document mit einer andern vom angeblichen Aussteller derselben unzweifelhaft herrührenden Urkunde ver-

gleichen. Doch kann der Product zu diesem Behuf nicht, wie die Anm. lit. d. behaupten, gezwungen werden, vor Gerichts etwas zu schreiben. Durch Schriftenvergleichung kann die Aechtheit nie vollständig hergestellt werden, sondern es ist nach Umständen der Erfüllungs- oder Reinigungseid aufzulegen.

Der Diffessionseid ist eine Art Haupteid, er muß wie dieser zugeschoben werden (was auch eventuell geschehen kann), unterscheidet sich aber dadurch von ihm, daß Diffitent den ersteren nicht refiriren, und sein Gewissen nicht mit Beweis vertreten kann. Ueber eigne Documente muß der Eid de veritate, über die von fremder Hand wenigstens de credulitate geschworen werden. Ist Product im Productionstermin persönlich zugegen, so kann die sofortige Ableistung des Diffessionseides von ihm verlangt werden, verweigert er ihn, so ist dadurch die Aechtheit, leistet er ihn, die Unächtheit der Urkunde erwiesen. Die Aechtheit könnte jetzt nur noch durch einen vollständigen Beweis mittelst neu aufgefundener Beweismittel erprobt werden; gelingt dieß, so verliert der Diffitent seine sämmtlichen Einreden gegen das Document, sofern er es selbst schrieb, und verfällt in die poena dupli (es ist kein Grund vorhanden, diese rein civilrechtliche Strafe heutzutage als aufgehoben zu betrachten).

Läugnet der Product die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde, so muß er den Beweis der Unächtheit führen, welcher innerhalb der Gegenbeweisfrist, oder wenn die Diffession erst im Productionstermin geschah, in diesem anzutreten ist.

Wird die Aechtheit der Unterschrift oder Unterzeichnung (z. B. durch Kreuze) einer Urkunde anerkannt, so ist es auch der Inhalt, selbst wenn derselbe von einer andern Hand herrührte, der Product müßte denn beweisen, daß ein sei-

nem Willen (resp. bei Urkunden Dritter dem des Unterzeichners) widersprechender Inhalt eingetragen wurde, oder daß er den Inhalt bei der Unterzeichnung nicht gekannt habe (wozu jedoch der bloße Beweis, ein Blanquet ausgestellt zu haben, nicht hinreicht).

§. 9.

Von den sichtbaren Mängeln eines Documents.

Martin, §. 208.

Sichtbare d. h. äußere Mängel eines Documentes sind solche, welche bei einer äußerlichen Untersuchung desselben in die Augen fallen. Solche zeigen sich entweder an der Schrift, z. B. Rasuren, Ausstreichungen, Correcturen, Zusätze, Unleserlichkeiten, verschiedene Handschrift, verschiedene Dinte; oder am Siegel, wenn solches zerstört, unkennbar gemacht ist; oder am Papier, wenn die Bögen von verschiedenem Format oder von ungleicher Qualität sind, oder wenn gar das Papier nach dem Zeichen jünger als die Schrift ist; oder an der Schnur, durch welche eine aus mehreren Bögen bestehende Urkunde zusammengehalten, und welche am letzten Bogen mit einem Siegel befestigt zu werden pflegt, u. s. w.

Alle diese Mängel befreien den Producten nicht von der Verbindlichkeit, sich über die Aechtheit der Urkunde zu erklären, und auf Begehren den Diffessionseid zu schwören (er müßte denn gewiß seyn, daß der Richter sie für ganz unglaubwürdig halte), ja wenn er sie nicht im Productionstermine rügt, darf sie der Richter nicht einmal beachten. Dagegen braucht er bei öffentlichen Urkunden, welche an solchen Mängeln leiden, indem z. B. das Siegel fehlt, nicht den Beweis der Unächtheit zu führen, vielmehr muß hier der Producent die Aechtheit beweisen, und bei Privaturkunden wie bei

öffentlichen kann er daraus Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit des Inhalts ableiten.

Welchen Einfluß aber dergleichen Mängel auf die Glaubwürdigkeit des Documents äußern, hat das richterliche Ermessen zu entscheiden; sie können dieselbe bald ganz vernichten, wenn sie sich auf Hauptpunkte beziehen, bald unschädlich seyn, wenn sie bloß gleichgültige Dinge betreffen, oder sich durch Alter, Zufälle u. s. w. erklären lassen, ohne daß irgend Grund zum Verdacht einer Fälschung vorhanden wäre. Bei alten Urkunden sind deßhalb Sachverständige (Diplomatiker) beizuziehen.

Innere Mängel sind vorhanden, wenn ein Document Widersprüche (vergl. §. 10), Dunkelheiten enthält, wenn es am Datum, an der causa debendi fehlt u. s. w. Solche Mängel hat der Richter von Amtswegen zu prüfen, auch sie können die Beweiskraft der Urkunde nach Umständen bald schwächen, bald völlig aufheben; letztere Wirkung hat z. B. der Mangel des Datum bei Handelsbüchern, Notariatsurkunden, Protokollen, ferner in Fällen, wo es gerade auf den Beweis einer gewissen Zeit ankommt.

§. 10.

Von documentis contrariis.

Martin, §. 208, 191. Bayer, S. 496, 603.

Widersprechen sich in einer producirten Urkunde einzelne Stellen in der Art, daß dadurch der Inhalt der Urkunde selbst zweifelhaft wird, so ist sie beweisunkräftig, ungeachtet Producent etwa erklärt, er wolle sich der producirten Urkunde bloß in passibus utilibus bedienen.

Widersprechen sich aber mehrere Urkunden so, daß die eine neben der andern nicht bestehen kann, so kommt

es darauf an, ob die widersprechenden Urkunden von Einer Partei producirt wurden, oder von beiden Parteien (sey es auch, daß die eine derselben die Urkunde erst in Folge eines Editionsgesuches von der andern erhielt). Im ersten Fall heben sich die Urkunden ohne Unterschied einander auf, beweisen folglich nichts, wenn auch die Partei die eine derselben nach geschehener Realproduction wieder zurücknehmen wollte. Im zweiten Fall dagegen ist zwischen den Urkunden zu unterscheiden: producirt die eine Partei ein Protokoll, die andere ein daraus verfertigtes, ihm aber widersprechendes Instrument, so geht jenes vor; von zwei widersprechenden Instrumenten geht das unmangelhafte dem mangelhaften, sind beide ohne Mangel, das publicum dem privatum vor. Sind sie auch hierin gleich, so ist das wahrscheinlichere dem minder wahrscheinlichen, die mehreren an der Zahl den wenigeren, zuletzt dasjenige, welches für den Beklagten spricht, vorzuziehen.

In allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß eine Urkunde an und für sich so beweiskräftig ist wie die andere, und daß sich der Widerspruch durch Interpretation nicht heben läßt.

§. 11.

Von Contrarietät der Documente und Zeugschaften.

Martin, §. 191 a. E. Bayer, S. 604.

Widersprechen Zeugen und Urkunden einander, so gehen in der Regel erstere vor, d. h. durch zwei classische Zeugen (als solche sind aber Personen, welche die Richtigkeit der Urkunde durch ihre Unterschrift bekräftigt haben, und ihr nun widersprechen, nicht zu betrachten) kann das Gegentheil der in einer an und für sich beweiskräftigen öffentlichen oder Privaturkunde enthaltenen Thatsachen vollständig be-

wiesen werden. Sprechen andere Zeugen für die Urkunde, so hat das richterliche Ermessen zu entscheiden.

Nur dann macht die Urkunde ungeachtet entgegenstehender Zeugenaussagen vollen Beweis, wenn die zu beweisende Thatsache sich vor mehr als 40 Jahren zutrug, oder wenn es eine Sache ist, bei welcher nach Gesetz oder Gewohnheit schriftliche Aufzeichnung erfordert wird (z. B. bei allen gerichtlichen Verhandlungen), oder welche leicht dem Gedächtnisse entschwindet, oder wenn die causa debendi einem schriftlichen Geständnisse entgegen widersprochen wird.

§. 12.

Wie zu beweisen sey, wenn die Documente verloren gegangen sind.

Martin, §. 210. Bayer, S. 592.

Wer ein Document aus eigenem Verschulden verloren hat, muß seinen Beweis durch andre Mittel führen, wenn er nicht sachfällig werden will. Hat er aber das Document durch Zufall, z. B. in Folge einer Feuersbrunst, eines ihm zugefügten Diebstahls u. s. w. verloren, so wird ihm der Beweis erleichtert. Es wird nämlich so angesehen, als habe er die Urkunde producirt, wenn er

1) vollständig beweist, daß er eine Urkunde fraglicher Art besessen, welches ihr Inhalt war, und daß sie weder eines innern noch äußern Requisits ermangelte, ferner daß ihn ein Unfall traf, und

2) bescheinigt, daß die Urkunde bei diesem Unfall zu Grunde ging.

Letzteres kann durch Muthmaßungen in Verbindung mit dem Erfüllungseid geschehen, aber nicht durch das Erbieten zum Eid allein, wie die Anm. lit. e. irrthümlich behaupten. Die Erfordernisse sub. 1 müssen vollständig bewiesen seyn, wie aus den von der G. O. angegebenen

Beweismitteln selbst hervorgeht. Wenn sie dessenungeachtet das Gegentheil zu sagen scheint, so kommt dieß daher, weil die Communisten der damaligen Zeit vollständigen Beweis durch Zeugen, ohne Erfüllungseid, verlangten. Anm. lit. d.

Wird endlich ein Document durch Schuld des Gegners verloren, so kann gegen ihn auf Edition geklagt werden, wobei die Bestimmungen des §. 6 eintreten.

Zwölftes Capitel.

Von dem Beweise durch eigenes Geständniß, Vermuthung, Augenschein, Calculation, Notorietät und gemeinen Ruf.

§. 1.

Von der Confession.

Martin, §. 128. Bayer, S. 402.

Geständniß ist die Einräumung einer Thatsache, welche dem Gestehenden nachtheilig ist. Geschieht es im Processe vor dem competenten Richter über eine vom Gegner behauptete oder zu behauptende Thatsache, so ist das Geständniß ein gerichtliches, außerdem ein außergerichtliches. Letzteres hat eine von dem ersteren völlig verschiedene Natur.

I. Das gerichtliche Geständniß ist kein eigentliches Beweismittel, sondern ein Verzicht auf eine vom Gegner zu unternehmende Beweisführung, deßhalb gelten darüber alle Regeln, welche vom Verzicht überhaupt gelten. Dasselbe kann bloß von solchen Personen gültig abgelegt werden, welche handlungs- und dispositionsfähig sind, es sind demnach alle Personen davon ausgeschlossen, welche unter Vormundschaft stehen, soferne der vormundschaftliche Consens fehlt, ferner solche, welche in der väterlichen Gewalt stehen, sofern es sich um einen Vermögenstheil handelt, über welchen ihnen die freie Verfügung entzogen ist. Dagegen präjudicirt das Geständniß des Vormunds dem Be-

vormundeten, das des Vaters dem Kinde, das des Anwalts dem Vollmachtgeber; letzterer hat auch nicht das Recht, das Geständniß des ersteren binnen drei Tagen zu widerrufen, selbst wenn der Anwalt gegen den Inhalt der ihm ertheilten Information etwas Unwahres zugestanden hätte. Ferner gehört zum Geständniß ein freier Wille; ein solcher wird aber durch Zwang und Irrthum ausgeschlossen.

Das Geständniß kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend abgelegt werden; ein stillschweigendes Geständniß ist nach der Novelle von 1837 namentlich dann vorhanden, wenn eine factische Behauptung des Gegners nicht speciell widersprochen wurde. Der Widerruf desselben ist so lange möglich, als die für eine Proceßhandlung vorgesteckte Frist noch nicht abgelaufen ist, und der Gegner noch nicht darauf geantwortet hat. Acceptation ist nicht nöthig, nur wäre, wenn der Gegner des Geständigen den ihm dadurch gebotenen Vortheil ausdrücklich ausschlägt, folglich das Gegentheil der dem letzteren nachtheiligen Thatsache behauptet, ein Verzicht auf das ihm aus dieser Thatsache entspringende Recht vorhanden, wodurch das Geständniß unwirksam würde.

Ein gerichtliches Geständniß läßt sich seiner Natur nach bloß bei Thatsachen denken, denn nur sie sind zu beweisen, nicht die Rechtsnorm; wohl aber können Rechte im subjectiven Sinne, z. B. das Eigenthum, Gegenstand wie des Beweises, so auch eines Geständnisses seyn.

Die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses ist der der res judicata ähnlich, es wird dadurch förmliche Wahrheit erzeugt, d. h. der zugestandene Thatumstand wird, sofern er nur möglich ist, und nicht in der Zukunft liegt, unter den Parteien und ihren Successoren für juristisch gewiß angenommen, selbst wenn hinterher der Geständige die Unwahrheit der zugestandenen Thatsache nachwiese. Nur

der Nachweis, daß es dem Geständnisse an einem wesentlichen Erfordernisse fehlte, z. B. wegen Irrthums, würde dasselbe unwirksam machen.

Besteht die ganze Antwort des Beklagten in weiter nichts, als einem unumwundenen Zugeständniß der Klage, gegen welche er weder Einreden vorbringt, noch deren folgerichtig aus den zugestandenen Thatsachen abgeleitetes Petitum er bestreitet, so liegt hierin ein Verzicht auf den ganzen Proceß, es bedarf daher keines Urtheils, sondern es wird ausgesprochen, daß es bei dem Zugeständniß des Beklagten sein Bewenden habe, und auf klägerisches Anrufen Zahlungsbefehl bei Executionsvermeidung an ihn erlassen.

Einem Litisconsorten präjudicirt das Geständniß des andern nicht, bei untheilbaren Sachen kommt letzterem sogar der Widerspruch des ersteren zu Gute.

II. Das außergerichtliche Geständniß hat die Natur eines reinen Beweismittels, und zwar eines vom Geständigen gegen sich selbst abgelegten Zeugnisses, dessen Glaubwürdigkeit darauf beruht, daß niemand vernünftigerweise etwas Nachtheiliges von sich aussagt, sofern es nicht in Wahrheit begründet ist. Dieser Erfahrungssatz trifft indessen nicht immer zu, mannichfache Umstände können dem Geständniß bald mehr bald weniger von seiner Glaubwürdigkeit entziehen; die G. O. räumt ihm die Kraft von höchstens einem halben Beweise ein, wogegen es auch weniger als halben machen, ja nach Umständen völlig beweislos seyn kann. Nur in Einem Fall liefert es vollen Beweis: wenn es vom Geständigen schriftlich abgelegt ist, es mag dieß in einer Privaturkunde, oder in einer öffentlichen, außer dem Falle, wo ein gerichtliches Geständniß vorhanden, geschehen seyn.

Soll das außergerichtliche Geständniß Beweiskraft haben, so muß es von einer Person abgelegt werden, welcher

die gehörige Ueberlegung zuzutrauen ist, und unter Umständen, unter welchen angenommen werden muß, sie habe durch das Geständniß ihre Ueberzeugung von der Wahrheit einer ihr nachtheiligen Thatsache aussprechen, nicht aber einen Vortheil erreichen, oder einem Nachtheil entgehen wollen. Die gehörige Ueberlegung muß nach der G. O. allen Personen, welche ihrer selbst nicht mächtig (Minderjährige, Hauskinder) oder nicht bei Verstand sind, abgesprochen werden. In der zweiten Beziehung ist ein Geständniß beweislos, welches nicht aus freiem, ernstem Willen abgelegt wird. An diesem wird es in der Regel einem Geständniß fehlen, welches nicht demjenigen, der dadurch ein Beweismittel erhalten sollte, sondern einem Dritten gegenüber abgelegt ist. Das außergerichtliche Geständniß macht als ein bloßes Beweismittel das Urtheil natürlich nie überflüssig, auch wird es durch den Nachweis des Gegentheils der zugestandenen Thatsache vollkommen entkräftet. Aus der Natur desselben folgt überdieß, daß es bloß dann vollen Beweis liefern kann, wenn es sich auf reine Thatsachen bezieht, wogegen dem Zugeständniß eines Rechtsverhältnisses, z. B. des Eigenthums, nach Umständen nur wenig oder gar kein Werth beigelegt werden kann. Bei der Frage, ob ein außergerichtliches Geständniß einem Dritten präjudicire, sind zwei Fälle zu unterscheiden: der, wenn eine Person im Namen eines Dritten ein solches ablegt, und der, wenn sie gegen sich eine (obligatorische oder liberatorische) Thatsache zugesteht, von deren Daseyn zugleich ein Recht des Gegners gegen einen Dritten abhängt. Das letztere Geständniß macht gegen den Dritten denselben Beweis, wie gegen den Geständigen selbst (vrgl. o. cap. XI. §. 1 zu Nr. 2). Das erstere dagegen präjudicirt dem Dritten regelmäßig nicht. Nur dann tritt hievon eine Ausnahme ein, wenn der Vater für das Kind, der Vormund für die be-

vormundete Person, der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber eine Thatsache zugesteht.

§. 2.

Von praesumtionibus.

Martin, §. 131, 133. Bayer, S. 415.

Ein Beweis kann so geführt werden, daß diejenigen Thatsachen, aus welchen ein Recht abgeleitet wird, selbst, oder so, daß andere bewiesen werden, aus deren Vorhandenseyn auf das Vorhandenseyn jener rechtserzeugenden Thatsachen geschlossen wird. Im zweiten Fall stehen die Thatsachen entweder in einem solchen Verhältniß zu einander, daß die eine nothwendig aus der andern folgt, oder in einem solchen, daß sie bloß mit Wahrscheinlichkeit daraus gefolgert wird. Diese letztere Schlußfolgerung nennt man Vermuthung, Präsumtion. In einem weitern Sinne spricht man von Präsumtion auch dann, wenn nach den Gesetzen ein Thatumstand ohne Beweis als vorhanden angenommen werden soll, z. B. die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde, die bona fides des Besitzers. Dagegen beruht es nicht auf einer Präsumtion, wie Kreittmayr und die Communisten seiner Zeit glaubten, daß eine Schuld nicht als aufgehoben, ein Grundstück nicht als ein lehenbares, ein letzter Wille nicht als erzwungen angenommen wird, sondern auf der allgemeinen Rechtsregel, daß wer ein Recht auf eine selbständige Behauptung wie die Aufhebung einer Schuld, die Lehenseigenschaft eines Grundstücks, den dem Testator zugefügten Zwang gründet, diese seine Behauptung beweisen muß.

Die Präsumtionen im e. S. werden eingetheilt in præsumtiones hominis und pr. juris, je nachdem sie bloß in der menschlichen Erfahrung begründet sind, oder im Gesetze. Jene überheben den, der sie für sich anführt,

des Beweises der Thatsache, aus welcher er ein Recht ableitet, nicht, weil sie eben schon nach ihrem Begriffe nur Wahrscheinlichkeit, keine Gewißheit erzeugen; doch können sie nach Umständen einen Behelf zu diesem Beweise abgeben. Unter den præsumtiones juris stellt die G. O. einen dem gemeinen Rechte fremden Unterschied auf zwischen pr. *simplex*, d. i. die pr. hominis, welche in den Gesetzen gelegentlich als eine solche angeführt wird, und deßhalb auch nicht mehr Kraft hat, als diese; pr. *qualificata*, welcher die Gesetze die Wirkung beilegen, daß derjenige, für welchen sie spricht, nicht zu beweisen braucht, sondern daß sein Gegner den Beweis des Gegentheils zu führen hat, welchen er aber auch dadurch liefert, daß er durch eine für ihn sprechende Präsumtion (s. u. am Schlusse) die Sache als ungewiß darstellt; pr. *violenta*, welche sich von der qualificata dadurch unterscheidet, daß der Gegner sie nicht durch den Beweis der Ungewißheit, sondern nur durch den des Gegentheils entkräften kann. Die pr. *juris et de jure* endlich, gegen welche nicht einmal ein Gegenbeweis möglich ist, ist eine wahre Fiction.

Wer eine Präsumtion zu seinem Beweise benützen will, muß die factische Prämisse, aus deren Daseyn das Daseyn der rechtserzeugenden Thatsache gefolgert wird, beweisen. Da indessen bei einer pr. hominis der Beweis der ersten Thatsache von dem der zweiten nicht befreit, so braucht man sich auf eine solche Präsumtion erst im Beweisverfahren zu berufen, folglich auch ihre factische Voraussetzung erst in diesem Verfahren anzuführen. Beruft man sich dagegen auf eine pr. juris (mit Ausnahme der simplex), so muß man ihre factischen Voraussetzungen im ersten Verfahren behaupten, und dann werden diese, nicht die Thatsache, auf welche sich das Recht unmittelbar gründet, zum Beweis ausgesetzt. Doch würde, wenn unge-

schickter Weise das letztere geschehen wäre, der Beweis durch die Erprobung der die gesetzliche Vermuthung begründenden Thatsache vollkommen geliefert werden, ohne daß es noch eines nothwendigen Eides bedürfte. Auf diese Weise ist die Bestimmung der G. O. Nr. 7 restrictiv zu interpretiren, wonach, wenn die Präsumtion auf einem Factum beruht, dieses bei Zeiten angeführt werden muß: denn jede Präsumtion beruht auf einem Factum. Was weiter von bloßen in jure gegründeten Muthmaßungen gesagt ist, welche weder einer Allegation noch Probe bedürften, sondern ex officio zu suppliren seyen, bezieht sich eben auf jene mißbrauchsweise sogenannten Präsumtionen, z. B. hinsichtlich des Fortbestehens einer Schuld, des Bewußtseyns des Testators, der allodialen Eigenschaft eines Grundstücks. Das Vorhandenseyn dieser Thatsachen braucht schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht behauptet zu werden, sondern wer aus dem Gegentheil ein Recht ableitet, muß dieß Gegentheil behaupten und beweisen.

Der Beweis einer Präsumtion wird durch die gewöhnlichen Mittel geführt, nur bei einer pr. hominis und juris simplex ist sowohl der freiwillige als nothwendige Eid ausgeschlossen, wenn seine Ableistung die Folge hätte, daß über das Hauptfactum noch ein Eid geschworen werden müßte.

Widerstreiten sich mehrere Präsumtionen, so geht die besondere der allgemeinen vor, selbst wenn jene eine pr. hominis, diese eine pr. juris qualificata seyn sollte, soferne nur letztere dadurch so geschwächt wird, daß hohe Wahrscheinlichkeit für das Gegentheil entsteht; in solchen Fällen kann wenigstens dem, welcher die pr. hominis für sich hat, der Erfüllungseid auferlegt werden. Erscheint jedoch die Sache auf der einen Seite so zweifelhaft wie auf der anderen, so geht die praesumtio juris vor, G. O. Nr. 10, Anm. lit. l. Stehen die Präsumtionen nicht in dem Ver-

hältniß von allgemeinen zu besondern, so geht die stärkere der schwächeren vor, d. h. die pr. juris qualificata der pr. simplex und hominis (letztere beide sind sich an Stärke vollkommen gleich, nicht geht, wie die Anm. lit. i. irrthümlich behaupten, die simplex vor). Die pr. violenta und juris et de jure können ohnedieß nie durch eine entgegenstehende Präsumtion entkräftet werden.

§. 3.

Vom Beweise durch Augenschein.

Martin, §. 130, 216, 134, 218. Bayer, S. 475, 478.

I. Der Augenschein, bei welchem sich der Richter durch eigene sinnliche Wahrnehmung von dem Daseyn oder der Beschaffenheit solcher Thatsachen überzeugt, die auf die Entscheidung eines Rechtsstreites von Einfluß sind, macht nach der G. O. den sichersten Beweis, obgleich ihn das Gesetz nicht als ein eigentliches Beweismittel, sondern als eine vom Richter zu seiner Aufklärung von Amtswegen oder auf Antrag der Parteien vorzunehmende Handlung betrachtet. Häufig ist nämlich der Richter gar nicht im Stande, sich ohne Augenschein ein klares Bild von einer Streitsache zu machen, dann ist er verpflichtet, ihn von Amtswegen vorzunehmen. Aber auch außer diesen Fällen kann eine Partei, welche den Augenschein für sachdienlich hält, auf Vornahme desselben antragen, und der Richter muß ihrem Gesuch willfahren, sofern er nicht die Zwecklosigkeit voraussieht. Ein solcher Antrag ist nach der G. O. in jedem Stadium des Processes, selbst bei der höhern Instanz und ohne Rücksicht darauf, daß etwa die Partei mit ihrem Beweise ausgeschlossen wurde, zulässig; nur durch res judicata wird er, abgesehen vom Fall einer Restitution, ausgeschlossen.

Der Augenschein, welcher sowohl bei beweglichen als unbeweglichen Sachen vorkommen kann, ist vom Richter in

seiner amtlichen Eigenschaft vorzunehmen; beide Parteien sind bei Vermeidung heilbarer Nichtigkeit dazu vorzuladen. Bleiben sie indessen ungehorsam aus, so wird der Augenschein vorgenommen, die Gegenwart einer Partei müßte denn zur Ertheilung von Aufschlüssen unumgänglich nothwendig seyn, in welchem Fall neuer Termin zur Vornahme auf ihre Kosten anberaumt wird. Unmittelbar nach dem Augenschein ist ein Protokoll über denselben aufzunehmen, wobei es den Parteien gestattet ist, Rechtsausführungen über das Resultat des Actes mündlich abzugeben. Wird eine unbewegliche Sache besichtigt, so haben die Parteien vorher gemeinschaftlich, oder im Fall sie sich nicht vereinigen, jede besonders einen Handriß über den streitigen Ort dem Richter zu übergeben, welcher denselben mit dem Befund vergleicht, und die Abweichungen im Protokolle bemerkt. Wird der Beweis durch Zeugen angetreten, welche über die streitige Sache aussagen sollen, so können dieselben, wo es nöthig, zur Sache geführt, und dann wie gewöhnlich vernommen werden.

Können die Resultate des Augenscheins nur mittelst besonderer Kenntnisse erzielt werden, so hat der Richter von Amtswegen Sachverständige beizuziehen, und zwar bei Sachen unter 50 fl., oder wo nicht mehr zu haben sind, Einen, außerdem wenigstens zwei, welche er selbst auswählt. Doch sind die Parteien mit ihren Erinnerungen gegen die Gewählten zu hören, und diese, im Fall sie als untüchtig oder exceptionsmäßig dargestellt werden, durch andere zu ersetzen.

Die Sachverständigen sind nach vorhergegangener Meineidsverwarnung (Nov. v. 1837 §. 48) zu beeidigen, öffentlich Angestellte wenigstens an ihren Diensteid zu erinnern. Sie haben sodann den Augenschein in Gegenwart des Richters vorzunehmen, und das Resultat ihrer Beobachtungen sofort mündlich zu Protokoll zu geben, oder wenn es wegen

Schwierigkeit der Sache einer Ausarbeitung bedarf, schriftlich zu überreichen. Die Parteien haben nicht das Recht, der Vernehmung der Sachverständigen in solchen Fällen beizuwohnen.

An das Gutachten der Sachverständigen ist der Richter gebunden, nur wenn sie nicht übereinstimmen, steht es bei ihm, einen Superarbiter zu wählen, oder das am besten motivirte Gutachten der Entscheidung zu Grunde zu legen.

II. Die Gerichtsordnung spricht von Sachverständigen bloß in Beziehung auf den Augenschein, allein sie können auch ohne solchen vorkommen, und zwar als Beweismittel, wenn der Partei die Erprobung einer Thatsache auferlegt ist, deren Wahrnehmung technische Kenntnisse erfordert, oder als ein Hülfsmittel für den Richter, wenn aus bereits bewiesenen Thatsachen Schlußfolgerungen zu ziehen sind, welche technische Kenntnisse voraussetzen. Im ersten Fall sind die Sachverständigen von der Partei vorzuschlagen, sie ist dabei nicht an eine bestimmte Anzahl, wohl aber an die Beweisfrist gebunden, auch kann die Gegenpartei zur Führung eines Gegenbeweises ebenfalls Sachverständige benennen. Im zweiten Fall hat der Richter die Sachverständigen zu wählen, doch müssen die Parteien mit ihren Erinnerungen gegen die Gewählten gehört werden.

Im Ganzen gelten hier dieselben Regeln, wie über die zum richterlichen Augenschein zugezogenen Sachverständigen, nur werden im Falle der Beweisführung durch Sachverständige die Parteien bei der Vernehmung zugelassen, weil jene hier mehr die Natur von Zeugen haben. Beweisdeductionen finden jedoch dabei nicht statt, soferne nicht mit den Sachverständigen Zeugen concurriren. Der Richter ist an das Gutachen der Sachverständigen gebunden, stimmen sie mit einander nicht überein, so hat er die beiden sub I. genannten Auswege. Bei Schätzungen wird ge-

wöhnlich ein Superarbiter ernannt, und wenn dieser selbst wieder eine abweichende Schätzungssumme aufstellt, das Mittel gezogen; eine Lösung, gegen deren Zweckmäßigkeit sich nichts einwenden läßt.

§. 4.

Von der Calculation.

Bayer, S. 253.

Die Calculation, mittelst welcher ein Rechnungsverstoß in einer Streitsache berichtigt wird, wird von der Gerichtsordnung als eine Art Augenschein aufgefaßt, von welchem sie sich indessen darin unterscheidet, daß dem Antrag auf ihre Vornahme selbst die res judicata nicht im Wege steht, indem sie noch in der Executionsinstanz stattfinden kann. Würde sie nach völliger Beendigung des Streites begehrt, so müßte neue Klage, die sich jedoch zum bedingten Mandatsproceß eignen würde, gestellt werden.

Der Fehler muß specifice angezeigt, und durch zwei Rechnungsverständige geprüft werden. Ist es indessen ein einfacher Rechnungsverstoß, zu dessen Einsicht keine besondern Rechnungskenntnisse nöthig sind, so bedarf es natürlich der Zuziehung von Sachverständigen nicht, sondern der Richter kann ihn selbst berichtigen.

Verschieden von diesem Streit über die Richtigkeit des Calculs ist der über die Richtigkeit der einzelnen in einer Rechnung aufgeführten Ansätze. Entsteht hierüber zwischen dem Rechnungsherrn und Rechnungsleger ein Proceß, so ist dieß ein sogenannter Rechnungsproceß, über welchen die G. O. keine besondern Vorschriften enthält, weßhalb er wie ein gewöhnlicher Proceß zu behandeln ist, bis auf die durch die Natur der Sache gebotenen Eigenthümlichkeiten (z. B. Vereinigung verschiedener Ansprüche in Einer Klage, summarische Beantwortung), welche aus dem gemeinen

Rechte zu ergänzen sind. Nur wenn es sich um Differenzen bei Rechnungen von öffentlichen Rechnungsbeamten handelt, tritt die Besonderheit ein, daß über die eigentlichen Rechnungsfragen nicht das Civilgericht, sondern die vorgesetzte Rechnungsbehörde entscheidet. S. o. cap. I. §. 13.

Mit dem Rechnungsproceß ist nicht zu verwechseln der Proceß auf Rechnungsablage, welcher in processualischer Hinsicht nichts Eigenthümliches hat.

§. 5.

Von der Notorietät.

Martin, §. 127 a. 181. Bayer, S. 418.

Eines Beweises bedürfen weder

1) Thatsachen, welche bei Gericht vorher schon legaliter bekannt (gerichtskundig), noch

2) solche, welche notorisch (menschen- und volkskundig) sind.

Gerichtskundig ist das, was der Richter in derselben Streitsache aus den darüber vorhandenen Acten wahrnehmen kann (daher ist nach G. O. cap. IV. §. 17 eine Klage a limine abzuweisen, wenn die Sache bereits vorher abgeurtheilt, oder gerichtlich verglichen wurde, und sich dieses ex retro actis bezeigt); ferner das, was er in andern Sachen von Amtswegen, nicht in Folge von Parteihandlungen, wahrgenommen hat, endlich sind es auch officielle Bekanntmachungen.

Notorisch sind Thatumstände, welche jeder verständige Mensch weiß, ferner Begebenheiten und Verhältnisse, welche jedem Bewohner eines Landes oder einer Gegend bekannt sind, oder bekannt seyn können.

Widerspricht der Gegner die Notorietät einer Thatsache, und der Richter findet den Widerspruch nicht offenbar unbegründet, so ist demjenigen, der sich auf sie beruft, der

Beweis der Thatsache aufzulegen, doch reicht es hin, wenn er den Beweis der Notorietät führt.

§. 6.

Von dem gemeinen Rufe oder fama publica.

Die fama publica der G. O. hat Aehnlichkeit mit dem gemeinrechtlichen Institut der unvordenklichen Zeit, indem durch sie eine rechtliche Vermuthung für die Richtigkeit einer Thatsache entsteht, welche durch einen Eid zur juristischen Gewißheit ergänzt werden kann. Die Annahme vollen Beweises ohne diesen Eid ließe sich nach den Worten des Gesetzes kaum rechtfertigen. Ueberdieß wird jene Wirkung dem gemeinen Rufe bloß in längst vergangenen, oder schwer zu erweisenden Sachen beigelegt, auch muß er wenigstens zehn Jahre her beständig und gleichförmig, ferner durch zwei glaubwürdige Zeugen bewiesen seyn.

Dreizehntes Capitel.

Von dem Eidschwure, wie auch dem Beweise, welcher dadurch gemacht wird.

§. 1.

Von dem Eide überhaupt.

Martin, §. 129, 223. Bayer, S. 504.

Eid ist die unter Anrufung Gottes abgelegte Versicherung von der Wahrheit einer Thatsache, oder von dem Willen des Schwörenden, ein Versprechen zu erfüllen. Letztere heißt juramentum *promissorium*, erstere *assertorium*, welche wieder eingetheilt wird in das jur. *veritatis*, wenn jemand die Wahrheit einer Thatsache eidlich bekräftigt, die er mit eignen Sinnen (äußern oder innern, z. B. Eid über Irrthum) wahrnahm, und *credulitatis*, wenn er beschwört, daß er von der Wahrheit einer Thatsache überzeugt sey.

Zur Ablegung eines Eides unfähig sind heutzutage:

1) Kettensträflinge, wegen Meineids und der in Art. 293 und 294 des St.G.B. demselben gleichgestellten Verbrechen Verurtheilte (nicht von der Instanz Entlassene), ferner alle wegen eines Verbrechens Verurtheilte während der Dauer ihrer Strafzeit;

2) Unmündige, wozu arg. G. O. cap. X. §. 10 Nro. 1 und ad 1 wohl auch das weibliche Geschlecht bis zum vierzehnten Jahre gehört.

3) solche, welche keinen Begriff vom Eid haben, wozu namentlich Blödsinnige, Betrunkene, ungebildete Taubstumme und dgl. gehören.

Der Eid muß in der Regel von der Partei selbst geleistet werden; die Bestimmung der G.O. Nro. 2, daß er vom Anwalt in die Seele des Principals abgelegt werden könne, ist durch Novelle vom 11 Jan. 1806 aufgehoben worden. Nur aus ganz besondern Gründen (z. B. Taubstummheit, gefährliche Krankheit des Schwurpflichtigen, große Anzahl von Personen, welche in einer Sache schwören müßten) darf der Richter die Ablegung des Eides durch einen Stellvertreter zulassen. In solchen Fällen ist deßhalb heutzutage eine Specialvollmacht für den Anwalt nöthig, während nach der G. O. cap. VII. §. 9 Generalvollmacht hinreichte. Außer der eben genannten Ausnahme sind die besondern Ausnahmen der G. O. Nro. 3 stehen geblieben, wonach für den Mündel der Vormund, wenn er gute Wissenschaft von der Sache hat, schwören darf, und bei Streitigkeiten zwischen Schuldner und Cessionar auch dem Cedenten der Eid zugeschoben werden kann, selbst wenn derselbe keinen Theil am Streite nahm. Für juristische Personen schwören deren Vertreter, z. B. für den Fiscus der Fiscal, für Stiftungen der Administrator, für Gemeinden die Vorstände, oder wo deren eine größere Anzahl, ein eigens dazu Bevollmächtigter, welcher die beste Wissenschaft von der Sache hat. Betrifft der Streit nicht die Gemeinde als juristische Person, sondern die einzelnen Gemeindeglieder (litisconsortium), so schwören nicht die Vorstände, sondern diejenigen Gemeindeglieder, welche am besten mit der Sache betraut sind. Ueber Anzahl und Auswahl haben sich die Parteien zu vereinigen, außerdem entscheidet der Richter.

Der Eid muß immer mündlich abgelegt werden, auch von Siegelmäßigen, und zwar in der Regel vor dem Proceßgericht. Nur wenn der Schwurpflichtige so weit entfernt wohnt, daß er eine mit besondern Beschwerden oder Kosten verknüpfte Reise unternehmen müßte (was nach den Verhältnissen und Umständen zu bemessen ist), kann er verlangen, daß das Gericht seines Wohnortes zur Eidesabnahme requirirt werde. Kranke sind in ihrer Wohnung zu beeidigen.

Zur Eidesleistung sind beide Theile vorzuladen, und zwar der Schwurpflichtige arctatorisch unter dem ausdrücklich anzudrohenden Präjudiz, daß bei seinem Nichterscheinen der Eid für verweigert gehalten würde, der Gegner monitorisch; wird letzterer nicht geladen, so tritt heilbare Nullität ein. Erscheint der zu Beeidigende, so hat ihn der Richter auf die Wichtigkeit des Eides aufmerksam zu machen (nicht hieher gehört §. 48 der Novelle von 1837, denn er spricht ausdrücklich bloß vom Eide der Zeugen und Sachverständigen); bei gemeinen, oder als leichtsinnig bekannten Leuten kann auf Begehren des Gegners zu diesem Behuf ein Geistlicher zugezogen werden.

Der Eidschwur selbst soll wissentlich, wohlbedächtlich, klar und deutlich, ohne Gefährde und heimlichen Vorbehalt geschehen, d. h. der Schwörende muß die Absicht haben, einen Eid zu schwören, und darf dieß nicht leichtsinnig im Zorn oder Schmerz thun, Anm. lit. e. Beides wird von einem gerichtlichen, unter den gesetzlichen Formen abgelegten Eid angenommen. Mentalreservationen sind durch eine bestimmte, klare Eidesformel, die der Richter festzusetzen hat, zu verhüten.

Ueber die Beeidigung ist ein getreues Protokoll aufzunehmen. Finden sich beide Parteien im Schwurtermin

ein, so muß nach Nov. v. 1837 §. 49 vor der Abnahme des Eides die Sühne versucht werden.

§. 2.

Von dem juramento litis decisorio.

Martin, §. 224–231. Bayer, S. 506.

Der Haupteid hat nach bayerischem Recht mehr die Natur eines Beweismittels als eines Vergleichs. Doch ist er nicht bloß dann zulässig, wenn eine Partei keine Zeugen hat, wie man aus den Eingangsworten des gegenwärtigen Paragraphen der G. O. schließen möchte, welche bloß enunciativ aufzufassen sind, sondern es steht den Parteien frei, ihn auch dann zu deferiren, wenn sie Zeugen benennen könnten. Wird die Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln verbunden, so hat sie nach §. 41 der Nov. v. 1837 bei Vermeidung des Ausschlusses innerhalb der Beweisfrist zu geschehen, indessen kommt es bloß dann zum Haupteid, wenn die übrigen Beweismittel kein Resultat liefern.

Der Eid kann nur von solchen Personen deferirt werden, welche handlungsfähig sind und Dispositionsbefugniß haben, und nur an solche, welche einen Eid schwören dürfen; daher ist z. B. die Delation an einen Meineidigen ungültig. Er kann in allen Streitsachen zugeschoben werden, auch über Verbrechen, sofern daraus civilrechtlich geklagt wird, nur muß es über relevante Gegenstände geschehen (eine Eideszuschiebung über irrelevante Thatsachen wäre ex officio zu verwerfen, selbst wenn der Gegner nichts dagegen einwendete), ferner über factische Thatumstände (eine Eidesdelation über Rechtsverhältnisse, z. B. Eigenthum, ist unzulässig), endlich muß die zu beschwörende Sache so beschaffen seyn, daß Delat eignes gutes Wissen davon haben kann. Daraus folgt indessen einerseits nicht, daß ein Eid über fremde Handlungen überall ausgeschlossen sey

(fremde Handlungen sind nicht immer fremde Geschichten), wenn es nur keinem Zweifel unterliegt, daß der Delat mit der Handlung wohl bekannt sey, während derselbe auf der andern Seite selbst einen Eid über eigne Handlungen ohne Nachtheil verweigern kann, wenn bereits eine so lange Zeit in Mitte liegt, daß angenommen werden kann, sie seyen seinem Gedächtniß entschwunden. Ignoranzeid findet, als eine Art Calumnieneid, nicht statt.

Mit der Eideszuschiebung ist, wenn dieselbe wirksam seyn soll, die Eidesformel zu übergeben, d. h. es ist anzugeben, über was Delat schwören soll (nur braucht das nicht gerade in directe Rede gefaßt zu seyn). Der deferirte Eid kann nur so lange zurückgenommen und durch andre Beweismittel ersetzt werden, als die Beweisfrist läuft, überdieß darf ihn Delat noch nicht gerichtlich acceptirt oder zurückgeschoben haben.

Die Eideszuschiebung wird, soferne sie der Richter zulässig findet, dem Gegner mit dem Auftrag hinausgeschlossen, sich binnen bestimmter Frist darüber zu erklären, ob er den Eid annehmen, referiren (wo dieß statthaft), oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle (wenn der Beweis bloß durch Eideszuschiebung geführt wurde), widrigenfalls der Eid für verweigert gehalten würde. Der Delat kann bloß Einen dieser drei Wege wählen, und sich dabei keinen andern vorbehalten. Einwendungen gegen die vom Deferenten übergebene Eidesformel hat er mit der Erklärung zu überreichen, worauf dieselbe durch richterliches Erkenntniß festgesetzt wird.

Versäumt der Delat die Erklärung auf den Eid, oder verweigert er ihn grundloser Weise, so ist nach Novelle von 1837 §. 42 dennoch mit der Instruction der übrigen Beweismittel fortzufahren, und nur wenn diese kein Resultat gewähren, tritt die Folge der Eidesverweigerung ein.

Acceptirt er ihn, so kann er zuvor Ableistung des Calumnieneides durch den Deferenten, sofern dieser nicht eidesunfähig ist, verlangen. Nov. v. 1819 §. 7. Wenn der Delat, nachdem er den Eid gerichtlich acceptirte, vor der Leistung christlich stirbt, ohne daß er dieselbe schuldhafterweise versäumte, so gilt der Eid für geleistet; doch kann der Richter nach Umständen die Erben noch zum Credulitätseid anhalten. Das christliche Versterben muß durch Thatsachen erwiesen werden, auch ist die Bestimmung auf Juden nicht anwendbar. Plenarbeschl. v. 14 Jan. 1841.

Zurückschiebung des Eides kann nur dann stattfinden, wenn der Deferent eine eidesfähige Person ist, und ebenfalls eignes Wissen von der Sache hat, widrigenfalls hätte nicht einmal die Ableistung des Eides eine Wirkung, so lange kein rechtskräftiges Erkenntniß in Mitte liegt.

Will endlich der Delat sein Gewissen mit Beweis vertreten, so muß er die Beweismittel (unter denen kein Eid vorkommen darf,) innerhalb der zur Erklärung auf den Eid vorgesteckten Frist übergeben. Den Calumnieneid kann er nach Nov. v. 1819 §. 7 vom Gegner nicht mehr verlangen. Soll die Gewissensvertretung eine Wirkung haben, so muß die Wahrheit der zu beschwörenden Thatsache dadurch vollständig erbracht werden, das Präjudiz der Eidesverweigerung würde selbst dann eintreten, wenn der Beweis mehr als zur Hälfte gelang. Gegenbeweis ist unzulässig, ausgenommen gegen die Glaubwürdigkeit der vorgeschlagenen Beweismittel.

Die Wirkung eines abgeleisteten Eides besteht, sofern die ganze Streitsache auf ihm beruht, darin, daß für den Schwörenden erkannt, d. h. wenn er Kläger ist, daß der Beklagte verurtheilt, schwört der Beklagte, daß er von der Klage entbunden wird. Recusation des Eides hat die entgegengesetzte Folge. Wegen falschen Eides kann bloß dann Restitution gefordert werden, wenn durch ganz neue, erst

aufgefundene Beweismittel ein Meineid vollständig dargethan werden kann. Bei dieser Beweisführung sind sowohl Haupt- als nothwendige Eide unzulässig, auch reicht es nicht hin nachzuweisen, daß der Andere falsch schwor, sondern er muß wissentlich falsch geschworen haben. Um Restitution kann also namentlich dann nachgesucht werden, wenn der Schwörende wegen Meineids in Untersuchung kam und verurtheilt wurde.

Beim Litisconsortium nützt und schadet jedem Streitgenossen ein geleisteter oder recusirter Eid regelmäßig bloß für seine Person; nur bei untheilbaren Sachen nützt ein geleisteter auch den übrigen, welche ihn recusirten, und wenn wegen Menge der Schwurpflichtigen Einige zur Ableistung des Eides ausgewählt wurden (s. o. §. 1), so schadet die Recusation eines Einzigen allen Streitgenossen.

Ueber Appellation in Eidessachen s. u. cap. XV.

§. 3.

Vom juramento suppletorio und purgatorio.

Martin, §. 129, 190. Bayer, S. 538.

I. Zum Erfüllungseid muß man sich nach bayerischem Recht ausdrücklich erbieten, und zwar muß dieß nach Novelle von 1837 §. 41 innerhalb der Beweisfrist geschehen. Außer diesem Erbieten ist erforderlich:

1) „daß Probant halben Beweis für sich habe, welcher nicht durch halben Gegenbeweis wieder entkräftet ist; denn in diesem Fall soll man den Beklagten entweder gleich absolviren, oder wenn der halbe Beweis auf beiden Seiten gleich ist, jenen wenigstens vor dem Kläger zum Schwur kommen lassen.“ Letzteres bezieht sich nach den Anm. lit. c. und i. auf den indirecten Gegenbeweis, und der Sinn der Stelle ist demnach folgender:

a) hat Probant halben oder mehr als halben Beweis geliefert, Reprobant gar keinen, oder nicht so viel directen Gegenbeweis, daß der Beweis des Probanten dadurch unter halben herabsinkt, so ist letzterem der Erfüllungseid aufzulegen. Hat Probant weniger als halben geliefert, oder wird sein halber Beweis durch geringern als halben Gegenbeweis geschwächt, so schwört Reprobant den Reinigungseid. Haben endlich beide halben Beweis geliefert, oder gar Reprobant mehr als Probant, so wird für jenen (der übrigens nicht gerade immer der Beklagte seyn muß) erkannt. Hierin stimmt also das bayerische Recht mit dem gemeinen überein.

b) Hat Kläger seine Klage halb, oder mehr als halb bewiesen, Beklagter seine Einrede deßgleichen, so wird nach der G. O., abweichend vom gemeinen Recht, nicht jenem der Erfüllungseid rücksichtlich der Klage, diesem derselbe rücksichtlich der Exception auferlegt, sondern dem Beklagten ist alternativ der Reinigungseid wegen der Klage und der Erfüllungseid wegen der Einrede aufzulegen. Dieß gilt nach den Anm. lit. i. bloß vom Beklagten, nicht vom Kläger als Reprobant hinsichtlich der Replik. Die übrigen Fälle, wo sich Hauptbeweis und indirecter Gegenbeweis gegenüber stehen, sind wie im gemeinen Recht zu entscheiden.

2) Derjenige, welchem der Erfüllungseid auferlegt werden soll, muß die Sache allem Vermuthen nach wissen können. Unter dieser Voraussetzung kann aber der Eid auch über eine fremde Geschichte aufgelegt werden; das von den Anm. lit. d. aufgestellte Erforderniß, daß der Schwörende in facto proprio versiren müsse, ist im Gesetze nicht begründet.

3) Er darf keine leichtfertige oder verdächtige Person

seyn. Juden gehören nicht als solche zu den letztern, wie die Anm. lit. d ebenfalls irrthümlich behaupten.

4) Es darf keine wichtige Sache seyn, d. h. eine solche, welche des Beklagten Ehre, oder eine bedeutende Summe oder einen großen Theil seines Vermögens betrifft. Vergl. o. cap. IX. §. 2.

II. Zum Reinigungseid gehört weder Erbieten (er kann selbst dann auferlegt werden, wenn der Haupteid recusirt wurde, oder für recusirt gilt, Novelle von 1837 §. 42), noch eignes Wissen, er kann auch de credulitate auferlegt werden. Zum Reinigungseid kommt es, wenn Probant weniger als halben Beweis, oder wenn er zwar mehr geliefert hat, während es jedoch an einem obiger Requisite des Erfüllungseides mangelt.

Werden die Erfordernisse beider Eide wohl erwogen, so wird der Richter kaum nöthig haben, auf die am Schlusse des Paragraphen vom Gesetz angegebenen Momente zu recurriren, wonach derselbe die Umstände der Sache und die pro und contra hieraus entspringenden Vermuthungen, dann die Eigenschaft der Parteien, ihren Wandel und Leumund (Stand und Würde kann heutzutage keinen Ausschlag mehr geben) und ihre Glaubwürdigkeit wohl berücksichtigen, und wenn endlich dieses alles auf beiden Seiten gleich ist, dem Beklagten den Eid auflegen soll.

Ableistung, wie Recusation eines nothwendigen Eides haben dieselbe Folge, wie die des Haupteides. Ueberdieß gelten auch diese Eide im Falle christlichen Versterbens für geleistet, wenn der Schwurpflichtige nicht säumig war. G. O. §. 2 Nr. 7.

§. 4.

Vom juramento in litem.

Martin, §. 129, 232. Bayer, S. 542.

Die Lehre vom Würderungseid gehört weniger dem Proceß, als dem Civilrecht an. Die G. O. stellt mehrere Arten desselben auf, nämlich

1) das juramentum *affectionis*, eine Art Strafe; es geht auf den Affectionswerth, und wird vom Gläubiger geschworen, wenn dem Schuldner die Restitution der streitigen Sache durch dolus oder culpa lata unmöglich wurde;

2) das juramentum *veritatis*; es geht bloß auf den Gebrauchs- und Tauschwerth, und findet statt, wenn dem Schuldner die Restitution durch culpa levis unmöglich wurde.

Beide Eide können gegen jedermann, selbst gegen Eltern geleistet werden. Sie finden nur bei Sachen statt, welche keine festen Preise haben (namentlich nicht bei fungiblen); auch muß sie der Gläubiger nicht schwören, sondern er kann den Werth der Sache auf andere Art beweisen, wenn er es vorzieht. Uebermaß hat der Richter zu mindern;

3) das gemeinrechtlich sogenannte juramentum *Zenonianum*, welches sich dadurch unterscheidet, daß es bloß bei gewaltthätigen und betrüglichen, nicht bei fahrlässigen Beschädigungen stattfindet.

Einen Quantitätseid, welcher geschworen würde, wenn die Schuld gewiß, aber ihr Quantum ungewiß, kennt die G. O. so wenig, als das gemeine Recht. In vielen Fällen dieser Art steht die Bestimmung der Quantität, wo solche von der Partei nicht durch Zeugen, Sachverständige oder andere Beweismittel nachgewiesen worden ist, im vernünftigen Ermessen des Richters, welcher überdieß von Amts-

wegen Sachverständige beiziehen kann s. o. cap. XII. §. 3. Nr. II.

§. 5.

Von dem juramento manifestationis.

Bayer, S. 559.

Der Manifestationseid kann bloß von solchen Personen verlangt werden, welche sich fremder, oder in Anspruch genommener (z. B. das Vermögen des Schuldners) Sachen bedienen, aber nicht von solchen, welche in keinem Verhältniß zu den Sachen standen, z. B. Dienstboten. Verweigert kann er werden, wenn man z. B. den Vermögensbestand durch andere Beweismittel nachweist, wenn er durch Gesetz oder Privatdisposition erlassen wird u. s. w. („erhebliche Ursache"). Die Eidesformel s. Anm. lit. f.

§. 6.

Von dem Eide vor Gefährde, oder dem juramento calumniae.

Martin, §. 312. Bayer, S. 75.

Der generelle Calumnieneid wurde durch die Novelle von 1819 §. 7 ganz aufgehoben, der specielle bloß noch in zwei Fällen für zulässig erklärt, nämlich

1) wenn derjenige, welchem der Haupteid zugeschoben ist, von seinem Gegentheile vorher die Abschwörung des Eides vor Gefährde verlangt;

2) bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Maßgabe der Gerichtsordnung cap. XVI. §. 1 Nr. 2.

Die Novelle rechnet also den Noveneid zu den Calumnieneiden, wie ihn denn auch die Gerichtsordnung als einen solchen bezeichnet (vergl. cap. X. §. 19 Anm. lit. e).

Da nun jene bloß einen einzigen Fall des Noveneides als ausnahmsweise zulässig erklärt, so möchte man daraus schließen, daß dieser Eid in den übrigen Fällen, wo die G. O. ihn zuläßt, stillschweigend aufgehoben sey, namentlich in cap. VI. §. 2 und 13 bei neuen Einreden, cap. IX. §. 6 bei neuen Beweisartikeln, cap. IX. §. 13 Anm. lit. e, cap. X. §. 19 bei neuen Zeugen, cap. XI. §. 5 Nr. 5 bei neuen Urkunden, cap. XV. §. 5. Nr. 8 bei novis in der Appellationsinstanz, endlich in cap. VI. §. 16, cap. IX. §. 11 und cap. XVI. §. 1 Nr. 11 als Mittel, eine Fristverlängerungs- oder Restitutionsursache zu beweisen resp. zu bescheinigen (in dieser Beziehung ist er zwar kein eigentlicher Noveneid, hat aber ganz die Natur eines solchen).

Würde man aber den Eid in allen diesen Fällen, in welchen er allerdings eine Art jur. calumniae speciale ist, als aufgehoben betrachten, so käme die Folge heraus, daß der Noveneid im wichtigsten Falle, wenn dadurch eine res judicata umgestoßen werden soll, zulässig wäre, während er in den weit unbedeutenderen Fällen, wo es sich um das Nachbringen eines novum vor gefälltem Urtheil handelt, abgeschafft wäre; es käme die Absurdität heraus, daß man mit novis, hinsichtlich welcher man sich zum Noveneid erbietet, vor Fällung des Erkenntnisses abgewiesen, sobald aber das Urtheil gefällt ist, damit unter derselben Bedingung zugelassen würde.

Dieß kann unmöglich der Sinn des Gesetzes seyn. Da dasselbe überdieß bloß die Bestimmungen der G. O. in cap. XIII. §. 6 aufhebt, so muß man den Eid in jenen übrigen speciellen Fällen, in welchen er auch eine eigenthümliche vom Calumnieneid im e. S. verschiedene Natur, nämlich die eines Beweismittels hat, noch als zulässig erklären; nur im letzten Fall (G. O. cap. IV. §. 16, IX.

§. 11, XVI. §. 1 Nr. 11) ist er durch die Novelle von 1837 §. 29 bis 39 aufgehoben worden, vergl. cap. XVI. §. 1.

§. 7.

Von dem juramento promissorio.

Die Lehre von den Wirkungen eines juramentum promissorium gehört in das Civilrecht.

Vierzehntes Capitel.

Von der richterlichen Entscheidung des Streits.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Sentenz sey.

Martin, §. 106. Bayer, S. 242.

Die Gerichtsordnung theilt die Sentenzen in

1) Endbescheide (Urtheil, Erkenntniß, sententia definitiva), wodurch die Hauptsache entschieden wird, und

2) Vorbescheide (Beiurtheil, Interlocut), wodurch nur ein Nebenpunkt erledigt wird.

Unter letzteren unterscheidet sie wieder

a) interlocutoria *simplex* und

b) *mixta*, vel vim definitivae habens.

Den Grund dieser zweiten Unterscheidung setzt sie anfangs in den Inhalt, indem sie simplex jedes Decret nennt, welches die Hauptsache nicht berührt, sondern bloß den Proceß leitet; mixta dasjenige, welches die Hauptsache mitangeht, und wodurch einem Theil ein großes Präjudiz erwächst; am Schluß des Paragraphen dagegen nennt sie simplex das Decret, welches nur auf Instanz eines Theils ohne vorläufige Vernehmung des andern Theils, mithin ohne causae cognitio ergehe. Interlocutoriae simplices wurden nach der G. O. nie rechtskräftig, und hierin lag die Hauptbedeutung jener Eintheilung.

Die beiden Novellen von 1819 und 1837 theilen die Sentenzen in

1) Endurtheile,
2) Zwischenbescheide und
3) einfache Decrete.

Die ersten fassen sie in demselben Sinne auf, wie die G. O., jedoch mit der beschränkenden Voraussetzung, daß das Urtheil nach vorausgegangener Vernehmung beider Theile erlassen sey; bei den beiden andern legen sie bloß das Unterscheidungsmerkmal der der Erlassung vorausgegangenen Vernehmung Einer oder beider Parteien zu Grunde, und bezeichnen mit dem Ausdruck einfache Decrete alle auf den einseitigen Antrag einer Partei ohne Vernehmung der andern ergangenen Decrete, sie mögen eine bloße Proceßleitung, oder eine Entscheidung in der Hauptsache bezielen, mit dem Ausdrucke Zwischenbescheide dagegen alle nach Vernehmung beider Parteien ergangenen Beschlüsse, soferne dadurch nicht die Hauptsache selbst entschieden wird.

Die Bedeutung dieser Eintheilung der Sentenzen liegt nach den beiden Novellen nicht mehr in der Rechtskraft, denn alle Decrete sind heutzutage der Rechtskraft fähig, sondern darin, daß eine Appellation in der Regel bloß bei Definitivsentenzen zulässig ist, während gegen einfache Decrete und Zwischenbescheide Verwahrung eingelegt werden muß (davon u. cap. XV. §. 3), ferner darin, daß einfache Decrete von demselben Richter, welcher sie erließ, auf Remonstration hin zurückgenommen werden können (davon u. §. 9).

§. 2.

Von dem Schlusse der Sache vor der Entscheidung.

Martin, §. 168—171. Bayer, S. 390.

Soll eine Streitsache zum Spruch ausgesetzt werden, so muß sie hinreichend instruirt seyn, d. h. beide Parteien

müssen Gelegenheit gehabt haben, ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel bezüglich des zu entscheidenden Punktes anzubringen. In welchem Maße ihnen diese Gelegenheit zu bieten sey, hängt von dem Verfahren ab, in welchem die Sache verhandelt wurde, die Frage ist deßhalb nach den oben über die einzelnen Verhandlungsarten (protokollarisch schlüssiges Verfahren, mündliches Verhör, Executiv-, Mandats-, Arrestproceß u. s. w.) vorgetragenen Lehren zu beantworten. Daß die Parteien zum Spruche submittiren, ist nicht nothwendig; selbst wenn sie es thun, muß der Richter prüfen, ob die Sache hinreichend instruirt sey, und darf, wenn dieß nicht der Fall ist, sie nicht als beschlossen erklären.

Was die Form betrifft, so pflegt man, wenn beide Parteien im protokollarischen Verfahren (über das mündliche Verhör s. o. cap. III. §. 3) zum Spruch submittirt haben, die Acten ohne besondere Notification zum Spruch auszusetzen; wurden dagegen Schriften gewechselt, so notificirt man den Parteien die Aussetzung der Sache zum Spruche bei Gelegenheit der Mittheilung der letzten Schrift.

§. 3.

Von Inrotulirung und Ergänzung der Acten.

Martin, §. 104. Bayer, S. 268.

Die Inrotulirung der Acten besteht darin, daß ein Renner (Actendesignation) und Register von einer Gerichtscommission in Gegenwart der Parteien oder ihrer Anwälte gefertigt wird, wodurch diese zugleich Gelegenheit erhalten, die Vollständigkeit und Aechtheit der Acten zu prüfen. Die G. O. überläßt es den Parteien, auf Inrotulirung anzutragen; die Novelle von 1819 §. 25—28 bestimmte, daß im Falle einer Appellation allemal ein Inrotulationstermin von Amtswegen anberaumt werden solle, allein letzteres

wurde durch Gesetz vom 29 Dec. 1831 Tit. III. §. 9 wieder aufgehoben.

Den Parteien und deren Anwälten (aber nicht den Schreibern der letzteren) steht jederzeit die Einsicht der Gerichtsacten frei, nur sind zuvor daraus die Relationen, so wie die Entschließungen und Aufsätze, welche rein disciplinäre oder correctionelle Verfügungen betreffen, zu entfernen. Nov. v. 1819 §. 28.

Etwaige Abgänge sind aus den Manualacten (deren Vorlage die Parteien nicht verweigern können,) zu ersetzen. Sind die Acten ganz verloren gegangen, so müßte, wenn die Manualacten zur Ergänzung nicht ausreichen, dem Kläger überlassen werden, neue Klage zu stellen.

§. 4.

Communication der Acten ad cameram vor der Entscheidung in kurfürstlichen Interessesachen.

In Sachen, wobei der Fiscus betheiligt ist, ist derselbe schon in Gemäßheit von G. O. cap. VIII. §. 4 Nr. 5 zu adcitiren. Die G. O. bestimmt aber für dergleichen Streitsachen in gegenwärtigem §. überdieß, daß die Acten vor Fällung eines jeden appellablen Erkenntnisses, es mag dieß ein Endbescheid, oder ein bloßes Interlocut seyn, der Verwaltungsbehörde mitgetheilt werden sollen, und zwar in erster wie in zweiter Instanz; nur bei der dritten cessirt die Mittheilung.

Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf Rechtsstreite, welche der Fiscus selbst als Partei führt, sondern auf Rechtsstreite Dritter, bei welchen der Staat betheiligt ist, z. B. als Grundherr, Lehenherr, unmittelbarer Curator (daher nicht bei Processen von Gemeinden, wohl aber bei Pfarreiprocessen). Die Mittheilung geschieht an die einschlägige Verwaltungsbehörde (Finanz-, Regierungsbehörde;

Ministerium, wenn der Gegenstand unmittelbar unter demselben steht), doch werden ihr die Acten nicht ausgehändigt, sondern auf jedesmaliges Verlangen bei Gericht zur Einsicht vorgelegt. Besteht die fiscalische Behörde nicht an demselben Orte, wo die Gerichtsacten liegen, so sind die Acten an das Gericht des Ortes, wo die Verwaltungsbehörde sich befindet, zu senden, und letzterer ist hievon mit dem Bemerken Nachricht zu geben, daß ihr die Einsicht binnen bestimmter Frist frei stehe (Nov. v. 1819 §. 10). Auch zur Abgabe allenfallsiger Erinnerungen ist eine Frist vorzustecken, unter dem Präjudize, daß angenommen würde, man habe nichts zu erinnern.

Wird die Mittheilung von einem Gericht unterlassen, so hat sie das vorgesetzte Gericht nachzuholen; außerdem kann das Urtheil von der Regierung als nichtig angefochten werden, aber nicht von den Parteien.

§. 5.

Von Verschickung der Acten an unparteiische Universitäten und Rechtsgelehrte.

Martin, §. 69, 299. Bayer, S. 180.

Die Versendung der Acten an Universitäten und Rechtsgelehrte wurde in Bayern bereits im Jahre 1626 ausdrücklich verboten. Die G. O. wiederholt dieses Verbot.

§. 6.

Wer die Sentenz gebe, und wie die Stimmen dabei zu zählen sind.

Martin, §. 117. Bayer, S. 164.

Bei welchen Gerichten collegiale Berathung und Schlußfassung stattfinde, und wie viele Votanten dazu nöthig seyen, wurde bereits oben cap. II. §. 1 angegeben. Ueber die Form der Vorträge enthält die Verordnung vom

2 Februar 1830 ausführliche Bestimmungen, deren Erläuterung jedoch nicht hieher gehört.

Die Form der Abstimmung ist verschieden bei den Landgerichten und bei den übrigen Gerichten, bei welchen collegiale Berathung vorgeschrieben ist. Bei den letzteren gibt nämlich der Vorstand zuletzt, und nur in dem Falle seine Stimme ab, wenn Stimmengleichheit vorhanden ist, bei den ersten dagegen stimmt der Vorstand sogleich nach dem Referenten, und hat, wenn sich Stimmengleichheit ergibt, am Schluß noch eine zweite Stimme. V. O. vom 10 Juni 1810. Relative Stimmenmehrheit genügt. Sind auf beiden Seiten die Stimmen gleich, so hat der Vorstand einer Seite beizutreten, und dadurch Mehrheit zu bilden. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn mehr als zwei Meinungen vorhanden sind, und keine davon Stimmenmehrheit für sich hat; letztere darf nicht dadurch gebildet werden, daß Stimmen zusammengerechnet werden, welche nicht ganz, sondern bloß in einem Punkte mit einander harmoniren (auch nicht bei Summen). Anm. lit. d.

So lange der Vorstand den Beschluß noch nicht ausgesprochen hat, kann jeder Votant seine Stimme zurücknehmen und ändern; nachher ist dieß nur mit Zustimmung des ganzen Collegiums zulässig, s. u. §. 9, vergl. Kreittm. Anm. zu dieser Stelle lit. f. Faßt ein späterer Votant die Sache von einem neuen Gesichtspunkt auf, oder bringt er Gründe für eine entgegengesetzte Ansicht vor, welche bisher noch keine Würdigung gefunden haben, so ist neue Umfrage zu halten. Ueber mehrere selbständige Streitpunkte ist getrennt, d. h. über jeden einzeln abzustimmen.

§. 7.

Wie die Sentenz abgefaßt werden solle.

Martin, §. 107, 108. Bayer, S. 246.

Jede Sentenz muß schriftlich abgefaßt seyn, auch im mündlichen Verhör; dieselbe muß den Namen des Gerichts, der streitenden Theile, die Bezeichnung der Streitsache und den Beschluß selbst enthalten. Besteht letzterer in einem Endurtheil oder appellablen Zwischenbescheid, so wird der Ausdruck „zu Recht erkennen" gebraucht, und zwar von den Untergerichten ohne weitern Beisatz, außer der Bemerkung, daß auf erstatteten Vortrag und nach collegialer Berathung erkannt worden sey; die Appellationsgerichte erkennen „im Namen Seiner Majestät," das Oberappellationsgericht gebraucht die Formel: „Se. Majestät erkennen zu Recht."

Der Richter darf nicht auf mehr erkennen, als die Parteien selbst gebeten haben, nur kommt es nicht gerade darauf an, ob die Parteien einen Antrag ausdrücklich gestellt haben, oder ob derselbe in ihren übrigen Anträgen stillschweigend enthalten ist, oder daraus folgt. Inwieferne der Richter auf Nebenleistungen auch ungebeten zu erkennen habe, wurde bereits oben cap. IV. §. 7 am E. bemerkt.

Bedingte Erkenntnisse dürfen nicht erlassen werden. Hat eine Partei noch etwas nachzutragen, z. B. eine Vollmacht, so wird ihr aufgegeben, das Fehlende binnen kurzer Frist bei Vermeidung einer Geldstrafe beizubringen, und die Publication des Erkenntnisses, bis dieß geschehen ist, aufgeschoben.

Auf „ein Gewisses" muß das Erkenntniß immer gehen, nur kann dieß nicht immer eine gewisse Summe seyn, wenn nach Beschaffenheit der Sache die Quantität der Forderung noch nicht liquid ist, z. B. bei der Klage auf Herausgabe einer Erbschaft u. dgl. Auch bei Zinsen

kann bloß der Anfangspunkt ihrer Leistung genau bezeichnet werden, wogegen als Schlußpunkt im Erkenntniß nur der Tag der Zahlung der Hauptschuld angesetzt wird. In Fällen der ersteren Art kann nach dem Erkenntniß noch ein summarisches Liquidationsverfahren eintreten, welches darin besteht, daß der Liquidant den Betrag seiner Forderung und die Beweismittel für die Größe angibt, daß dem Gegner eine kurze Frist zum Anbringen seiner Einwendungen und Gegenbehelfe vorgesteckt wird, worauf der Richter entscheidet.

Nach Tit. VIII. §. 2 der B. U. sind alle Gerichtsstellen verbunden, ihren Urtheilen Entscheidungsgründe beizufügen; die entgegengesetzte Bestimmung der G. O. war schon früher aufgehoben, und am 27 April 1813 eine eigne Instruction zur zweckmäßigen Abfassung der Entscheidungsgründe erlassen worden. Jene Vorschrift gilt nicht bloß von Endurtheilen, sondern von allen Verfügungen, welche definitiv auf die Entscheidung, wenn auch nur mittelbar, wirken, also selbst von einfachen Decreten unter dieser Voraussetzung, z. B. wenn die Klage durch ein solches abgewiesen wird.

Die Lehre von der Collision der Statuten, von welcher die G. O. am Schlusse des Paragraphen spricht, gehört in das Civilrecht.

§. 8.

Von Publicirung und Intimirung der Sentenzen.

Martin, §. 109. Bayer, S. 250.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen sind durch die Novelle von 1837 zum Theil antiquirt. Mündliche Publication des Erkenntnisses findet hiernach nur noch im mündlichen Verhör statt; erscheinen die Parteien dabei nicht,

so wird ihnen Abschrift des Erkenntnisses hinausgeschlossen, die Frist läuft aber vom Publicationstermin an.

In allen andern Fällen soll nach §. 64 jenes Gesetzes die Verkündigung durch schriftliche Zufertigung des Urtheils an die Parteien oder deren Anwälte gegen hinreichende Bescheinigung (Recepisse, doch genügt auch Botenbuchsextract) geschehen. Die Berufungsfrist läuft vom Tage der Einhändigung des Urtheils an. Oberrichterliche Erkenntnisse werden zum Untergericht übersandt, und Abschriften davon durch letzeres den Parteien hinausgeschlossen.

Die Ausfertigung der Erkenntnisse hat längstens binnen 8 Tagen von der Fassung des erstrichterlichen oder vom Tage des Einlaufs des oberrichterlichen Erkenntnisses an bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 5 — 25 fl. zu geschehen. Für die Mittheilung der Erkenntnisse an den Fiscus gilt nach Novelle von 1819 §. 22 dasselbe, wie für Private.

§. 9.

Von der Veränderung oder Erklärung eines Bescheides oder Rathsconclusi.

Martin, §. 111, 112. Bayer, S. 252, 654.

1) Einfache Decrete (s. o. §. 1) können von dem Richter, der sie erließ, auf Remonstration der Partei, welche sich dadurch beschwert glaubt, zurückgenommen werden, so lange sie noch nicht in Rechtskraft übergegangen sind. Dabei ist nach Nov. v. 1837 §. 51 fg. zu unterscheiden:

a) ist das einfache Decret von der Art, daß dagegen selbständige Berufung nicht stattfindet (was die Regel ist), so muß derjenige, welcher sich dadurch beschwert glaubt, er sey Implorant oder Implorat, binnen 14 Tagen Verwahrung gegen das Decret einlegen. Statt der Verwahrung (welche indessen der Sicherheit wegen wenigstens even-

tuell einzulegen ist,) kann er auch remonstriren; da aber das Versäumniß der 14tägigen Verwahrungsfrist nach §. 53 Nr. 3 ib. die Rechtskraft des Decrets zur Folge hat, so muß auch die Remonstration binnen gleicher Frist von Insinuation des Decrets an geschehen. Nur dann bedarf es der Remonstration und Verwahrung binnen 14 Tagen nicht, wenn eine eigene Frist zur Erklärung vorgesteckt, oder ein Termin anberaumt wird, welcher selbst dazu bestimmt ist, Einwendungen gegen den Inhalt des Decrets vorzubringen.

b) Ist das einfache Decret ausnahmsweise appellabel, so gilt in Bezug auf den Imploranten dasselbe wie sub a, nur muß statt der Verwahrung Berufung eingelegt werden, und die Frist für diese, wie für die Remonstration beträgt in der Regel 30 Tage. Für den Imploraten dagegen bestimmt die Novelle §. 55, daß er Berufung erst dann ergreifen dürfe, wenn die Remonstration fruchtlos bleibt, also erst binnen 30 Tagen vom Inhäsivdecret an. Binnen welcher Zeit er remonstriren müsse, sagt das Gesetz nicht, es läßt sich deßhalb nur eine negative Gränze aufstellen: Implorat kann nicht mehr remonstriren, sobald aus den Umständen hervorgeht, daß er sich bei dem Decrete beruhigt habe.

2) Alle andern Decrete resp. Urtheile können nach geschehener Publication von dem Richter, der sie erließ, nicht mehr geändert werden. Vor der Publication ist dieß, wenn sie von einem Einzelnrichter ausgehen, unbedingt möglich, wurden sie dagegen von einem Collegium beschlossen, so kann die Aenderung nur von dem ganzen Senate ausgehen, welcher sie beschloß (dieß bedeutet nach den Anm. lit. f. das Wort „Plenum"), nicht von einem oder einzelnen Mitgliedern.

Auch eine Declaration durch denselben Richter ist ohne Einwilligung beider Parteien unzulässig, ausgenommen bei

Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes; außerdem muß sie bei dem höheren Richter im Appellationswege gesucht werden.

Offenbare Schreibfehler, welche sich in ein Decret oder ein Erkenntniß eingeschlichen haben, kann der Richter jederzeit verbessern, sie mögen von ihm selbst oder vom Abschreiber herrühren. Auch der Oberrichter kann einen im unterrichterlichen Erkenntniß enthaltenen Schreibverstoß von Amtswegen berichtigen.

§. 10.

Von den remediis juris contra sententiam.

Martin, §. 274, 275. Bayer, S. 609.

Die Gerichtsordnung theilt, wie das gemeine Recht, die Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche, suspensive und devolutive, und verbindet auch mit der ersten Eintheilung denselben Begriff, wie die gemeinrechtliche Doctrin. Dagegen ist die Bedeutung des remedium *devolutivum* in gegenwärtigem Paragraphe, in welchem dasselbe als ein Rechtsmittel ohne Suspensiveffect dem suspensivum entgegengesetzt wird, eine außergewöhnliche; sowohl das gemeine Recht, als die Gerichtsordnung an andern Stellen (cap. XV. §. 7, §. 9 Anm. lit. b) verstehen unter jenem Ausdruck ein Rechtsmittel, wodurch die Sache an einen höheren Richter gelangt.

Von dem ordentlichen Rechtsmittel der Appellation (das bayerische Recht kennt bloß dieß einzige) handelt cap. XV., von den außerordentlichen Rechtsmitteln cap. XVI.

§. 11.

Von der re judicata, und derselben Wirkung.

Martin, §. 112, 113. Bayer, S. 254.

Die Gerichtsordnung gebraucht den Ausdruck Rechtskraft in einem weitern und engeren Sinne. Im w. S. nennt sie

1) sub Nr. 2 eine Sentenz rechtskräftig, gegen welche kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist. Die Rechtskraft in diesem Sinne entsteht durch ausdrückliche oder stillschweigende Beruhigung bei der Sentenz, durch Ablauf der Appellationsfrist, dadurch daß die appellable Summe fehlt, oder daß der oberste Gerichtshof geurtheilt hat.

2) In einem e. S. wird der Ausdruck rechtskräftige Sentenzen sub Nr. 3 genommen, denn es werden von denselben ausgeschlossen: Provisionalverordnungen, interlocutoriae simplices, definitivae vor der Publication oder Notification, ferner rationes decidendi (die amtliche Ausgabe der G. O. von 1834 hat hier den sinnstörenden Druckfehler »definitivae vor der P. o. N. ihrer *rationum decidendi*«), alle contra rem judicatam laufenden oder sonst mit unheilbarer Nullität behafteten Erkenntnisse. Hiezu ist zu bemerken:

Provisionalverfügungen (s. o. cap. III. §. 3 Nr. I. 8) werden gerade so unabänderlich, wie andere richterliche Decrete, allein sie bleiben dieß nur so lange, als die Verhältnisse, unter welchen sie erlassen wurden, währen. Sobald sich letztere ändern, können jene Verfügungen von dem Richter, der sie erließ, wieder zurückgenommen werden, ohne daß es einer Restitution bedarf. Daß alle einfachen Decrete rechtskräftig werden können, wurde bereits oben §. 1, und unter welchen Voraussetzungen sie rechtskräftig werden, §. 9 angegeben.

Vor der Publication ist eine Sentenz natürlich wirkungslos. Auch nach ihrer Publication wird nur die eigentliche Entscheidung rechtskräftig, die Entscheidungsgründe werden es nicht. Enthalten indessen die Gründe eine Entscheidung, welche nur aus Ungeschicklichkeit unter sie versetzt wurde, während dieselbe in den Tenor (dispositiven Theil) des Erkenntnisses gehörte, oder wird durch die Gründe das Schweigen des Tenor über einen Punkt aufgeklärt, z. B. das über eine Einrede als Verwerfung derselben bezeichnet, dann sind auch diese in den Gründen enthaltenen Entscheidungen der Rechtskraft fähig.

Ueber die Aufhebung einer Sentenz, weil sie contra rem judicatam verstößt, und wegen anderer Nullitätsgründe s. u. cap. XVI. §. 2.

Ein rechtskräftiges Erkenntniß nützt und schadet in der Regel bloß den Parteien und ihren Erben. Nur dann bindet es auch einen Dritten, wenn er entweder

1) sein Recht an der Sache erst nach erhobenem Streite von einer der Parteien erlangte, oder wenn er

2) ein gemeinschaftliches und vorzügliches Recht bei der streitigen Sache, und dabei vom Streite gutes Wissen gehabt, und sich gleichwohl desselben nicht angenommen hat. Gemeinschaftlich ist jedes Recht, welches dem Dritten nebst der Partei an einer Sache zusteht, es muß nicht, ja darf nicht einmal dasselbe Recht seyn, wie das ihrige, sondern vorzüglich, d. h. es muß dem Rechte der Partei im Falle der Collision vorgehen, wie das des Pfandgläubigers dem des Eigenthümers, das des Käufers dem des Verkäufers, das des Ehemannes an den Dotalsachen dem der Frau. Daß die Partei den Streit durch ihre Schuld verlor, ändert die Sache nicht, der Dritte hat den Schaden seiner eignen Unthätigkeit zuzuschreiben. Endlich präjudicirt ein rechtskräftiges Urtheil einem Dritten

3) dann, wenn die Sache mit dem rechtmäßigen Contradictor einmal ausgestritten ist, und dabei in Ansehung des Dritten die nämlichen, oder noch stärkere Ursachen obwalten. Ein solcher rechtmäßiger Contradictor ist z. B. der jetzige Fideicommißbesitzer, der Vasall, Grundholde. Ob der Dritte (z. B. ein späterer Fideicommissar, ein Lehensfolger, der Lehensherr, Grundherr) etwas von dem Streite wußte, oder nicht, ist hier gleichgültig; dagegen steht ihm auch die exc. rei judicatae nicht entgegen, wenn der Contradictor den Proceß durch seine Schuld, oder in Folge einer bloß ihm für seine Person entgegenstehenden Einrede verlor.

Einen Fall, wo res judicata einem Dritten nützt, s. o. cap. VIII. §. 4. a. E. Litisconsorten nützt und schadet ein rechtskräftiges Urtheil nur für ihren Theil. Anm. lit. g. Eine Ausnahme s. u. cap. XV. §. 11 a. E.

§. 12.

Von dem Beweise und der Auslegung eines Urtheils.

Martin, §. 113.

Durch zwei Zeugen kann voller Beweis über den Inhalt eines verloren gegangenen Urtheils geliefert werden.

Erkenntnisse sind stricte zu interpretiren. Das hauptsächlichste Hülfsmittel zur Auslegung des dispositiven Theils derselben bilden heutzutage die Entscheidungsgründe.

Fünfzehntes Capitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

§. 1.

Was die Appellation sey, und wie man dieselbe einwende.

Martin, §. 283. Bayer, S. 611.

Die Appellation ist im bayerischen Proceßrecht das einzige ordentliche Rechtsmittel, denn die Revision ist nur eine Appellation von der zweiten an die dritte Instanz. Sie umfaßt auch die Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeit, welche nach bayerischem Recht kein eignes Rechtsmittel begründet, s. u. cap. XVI. §. 2 Nr. II.

Das Verfahren unterscheidet sich wesentlich von dem des gemeinen Rechts, indem Einwendung, Einführung und Rechtfertigung in Eine Handlung zusammenfallen. Vergl. u. §. 5 fg.

§. 2.

Wer appelliren könne.

Martin, §. 277. Bayer, S. 629.

Appelliren können nicht bloß die Parteien selbst, sondern auch alle diejenigen, welche die Befugniß haben, accessorisch zu interveniren (s. o. cap. VIII. §. 4), denn die Appellation eines Dritten ist nichts als eine Intervention. Zwar räumen die Anm. lit. a das Recht zu appelliren auch

solchen Personen ein, welche an der Sache kein Interesse haben, deßhalb auch nicht interveniren könnten, z. B. Verwandten als solchen, allein diese Ausdehnung widerspricht dem klaren Texte des Gesetzes.

Mischt sich der Dritte erst durch die Appellation in den Streit, so muß er sein Interesse zugleich mit ihrer Uebergabe bescheinigen. Daß er schon früher Wissenschaft vom Streite hatte, ohne sich einzumischen, steht ihm nicht im Wege; ebensowenig kann man dem Litisdenunciaten das Recht der Appellation absprechen, weil er etwa auf die Denunciation hin erklärt hat, er werde den Streit weder ganz auf sich nehmen, noch dem Denuncianten assistiren.

§. 3.

In welchen Sachen keine Appellation statthabe.

Martin, §. 285. Bayer, S. 613.

Die Appellation ist auf dreifache Weise beschränkt, nämlich dadurch, daß sie nicht gegen alle richterlichen Decrete stattfindet, ferner dadurch, daß sie an eine gewisse Summe und an eine bestimmte Frist geknüpft ist.

I. In der ersten Beziehung bestimmte die G. O., die Appellation solle von interlocutoriis simplicibus, welche weder vim definitivae haben, noch sonst ein merkliches Präjudiz nach sich ziehen, nicht statthaben. Durch diese vage Bestimmung konnten grundlose Appellationen umsoweniger verhütet werden, als gerade die Cognition darüber, ob ein Decret ein merkliches Präjudiz nach sich ziehe oder nicht, dem Oberrichter zukam.

Die Novelle von 1819 §. 18 fg. stellte deßhalb als Grundsatz auf, daß von einfachen Decreten und Zwischenbescheiden mit wenig Ausnahmen keine selbständige Appellation, sondern bloß Verwahrung stattfinde. Diesen Grundsatz behielt die Novelle v. 1837 §. 51 fg. bei, setzte jedoch bestimmtere

Normen für die Regel selbst, wie hinsichtlich der Ausnahmen fest. Letzteres Gesetz verordnet nämlich in §. 51: „Wegen einfacher Decrete und Zwischenbescheide findet keine Appellation statt. Wer durch ein einfaches Decret oder durch einen Zwischenbescheid beschwert zu seyn glaubt, hat dagegen bei Vermeidung des Ausschlusses binnen 14 Tagen sich bei Gericht zu verwahren. Es bleibt ihm sodann das Recht vorbehalten, die Beschwerde hierüber mit der Appellation gegen das End- oder beweisauflegende Urtheil zu verbinden."

A. Zur Erläuterung dieser Regel ist folgendes zu bemerken. Einfache Decrete sind alle auf einseitigen Antrag einer Partei erlassenen Verfügungen, sie mögen bloß den Proceßgang betreffen, oder auf die Sache selbst von Einfluß seyn. Mit dem Ausdruck Zwischenbescheide sind alle nach vorgängiger Vernehmung beider Theile erlassenen Erkenntnisse bezeichnet, wodurch die Sache nicht beendigt wird. Kein Zwischenbescheid ist das Enderkenntniß in einer selbständigen Streitsache, welche als Nebensache mit einer andern in Verbindung steht, z. B. in einer Incidentsache; dagegen ist es ein bloßer Zwischenbescheid, wenn die Streitsache nicht selbständig, sondern bloß als Incidentpunkt verhandelt wurde. Ob das einfache Decret, resp. der Zwischenbescheid, von einem Unterrichter oder Oberrichter ausging, ist gleichgültig. Selbst dann findet selbständige Berufung dagegen nicht statt, wenn der Oberrichter ein erstrichterliches Urtheil aufhob, und ein Decret oder einen Zwischenbescheid an dessen Stelle setzte, es müßte denn ein solches Decret seyn, welches ausnahmsweise (s. sub B) appellabel ist (z. B. wenn der Oberrichter eine forideclinatorische Einrede, welche der Unterrichter für gegründet erkannte, verwirft, das unterrichterliche Erkenntniß aufhebt, und die Acten zur Erlassung eines neuen Erkenntnisses remittirt).

Die Verwahrung ist eine bei Gericht schriftlich einzureichende oder mündlich zu Protokoll zu gebende Erklärung,

daß man sich durch ein Decret oder einen Zwischenbescheid beschwert erachte. Sie muß binnen 14 Tagen von Insinuation der beschwerenden Verfügung an eingelegt werden, widrigenfalls wird diese rechtskräftig, ausgenommen wenn eine eigene Frist oder ein Termin zur Abgabe von Einwendungen gegen die Verfügung mitbestimmt ist (s. o. cap. XIV. §. 9 Nr. 1. a), oder wenn die Verfügung in Verbindung mit einem appellablen Erkenntniß erlassen wird. Appellation vertritt die Stelle der Verwahrung nur dann, wenn sie binnen der für letztere vorgesteckten Frist von 14 Tagen übergeben wird. — Inwiefern Remonstration mit der Verwahrung verbunden werden könne, wurde bereits o. cap. XIV. §. 9 ausgeführt.

Die Verwahrung wird dadurch wirksam, daß sie als Beschwerde gegen die verletzende Verfügung mit der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß (welches nicht gerade ein Beweis auflegendes oder Endurtheil seyn muß, wie man etwa bei buchstäblicher Auffassung der Nov. l. c. annehmen könnte,) vorgebracht wird; geschieht dieß nicht, so verliert sie ihre Wirkung. Daß das appellable Erkenntniß etwa bloß deßhalb den Appellanten beschwert, weil es sich auf die verletzende Verfügung gründet, steht der Appellation nicht im Wege; nur muß es ihn überhaupt beschweren, denn ist dieß nicht der Fall, so kann er nicht appelliren, folglich auch seine Beschwerde nicht ausführen. Appellirt indessen der Gegner gegen ein solches Erkenntniß, so müßte der Oberrichter, im Falle die Appellation nicht als ungegründet abzuweisen ist, die frühere Verwahrung des Appellaten von Amtswegen berücksichtigen. Enthält ein appellables Erkenntniß zugleich eine beschwerende Verfügung, gegen welche bloß Verwahrung zulässig wäre, so kann sofort dagegen appellirt werden, ohne daß es einer Verwahrung bedarf. Plenarbeschl. des O. A. G. v. 26 April 1843.

B. Die sub A angegebene Regel, daß gegen einfache Decrete und Zwischenbescheide keine selbständige Berufung, sondern bloß Verwahrung stattfinde, erleidet indessen Ausnahmen. Nach §. 52 der Novelle von 1837 sind nämlich folgende Decrete und Zwischenbescheide appellabel:

1) Bescheide, wodurch die Klage oder Widerklage, oder die Aufforderung zum Klagen oder zum Repliciren (provocatio ex lege diffamari und si contendat), oder die Streitverkündung oder die Intervention, oder die Nennung des Autors, oder das Gerichtsverbittungsgesuch, oder das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (aber nur contra sententiam, nicht contra lapsum fatalium vel termini praejudicialis) ohne weitere Einleitung des Verfahrens ganz (oder auch theilweise) oder so wie angebracht, oder zur Zeit, oder von diesem Gerichte abgewiesen wird. Dasselbe gilt von der Abweisung einer Nullitätsquerel. Gegen das Decret, wodurch die Klage zur Verhandlung mitgetheilt wird, findet bloß Verwahrung statt.

2) Erkenntnisse, wodurch die gerichtsablehnende Einrede verworfen wird. Die Novelle von 1819 erklärte in §. 19 Nr. 3 überhaupt Erkenntnisse für appellabel, wodurch der Beklagte mit Verwerfung der von der Einlassung befreienden Einrede zur Einlassung auf die Klage verurtheilt wird. Da indessen nach der Novelle von 1837 §. 28 keine Einrede mehr von der Einlassung befreit außer den gerichtsablehnenden (vgl. o. cap. VI. §. 3), so wurde die Ausnahme in der angegebenen Weise abgefaßt.

3) Erkenntnisse, welche den Streit über die Proceßart entscheiden, wohin jedoch der Beschluß darüber, ob im mündlichen Verhör, oder im gewöhnlichen Verfahren, dann ob in diesem protokollarisch oder schriftlich verhandelt werden soll, ebensowenig gehört, als der Beschluß, wodurch die Widerklage zur gesonderten Verhandlung bei demselben Gerichte

verwiesen wird. In den letzteren Fällen ist also bloß Verwahrung zulässig, welche freilich im letzten Fall bedeutungslos seyn wird (da nach cap. VIII. §. 1 die gleichzeitige Verhandlung einer Widerklage mit der Vorklage nicht mehr stattfinden kann, wenn in der Vorklage bereits ein Erkenntniß gefällt ist), in den ersteren Fällen dagegen dazu führen kann, daß die ganze Verhandlung aufgehoben, und die Sache noch einmal in einer andern Instructionsart durchverhandelt werden muß. — Selbständig appelliren kann namentlich der Kläger, wenn z. B. sein Gesuch auf Einleitung des Executiv- oder Mandatsprocesses (bedingten oder unbedingten) nach gepflogener Verhandlung abgewiesen wird. Geschieht dieß sofort in dem ersten Decret auf die Klage, so kann zwar der Kläger dagegen appelliren, allein der Fall gehört nicht unter die gegenwärtige Nummer, sondern unter Nr. 1. Wird durch das erste Decret dem Antrage des Klägers auf Einleitung einer außerordentlichen Proceßart stattgegeben, so kann der Beklagte nicht dagegen appelliren, selbst nicht nach vorausgegangener erfolgloser Remonstration, da der Richter auf die vom Beklagten bei der Verhandlung vorgebrachten Einwendungen die Klage immerhin noch abweisen kann, folglich der Streit über die Proceßart durch jenes Decret noch nicht entschieden ist.

4) Erkenntnisse, wodurch einem oder dem andern Theile Beweis aufgelegt wird. Nur gehören hiezu nicht bloße Vorbescheide, wodurch in summarisch zu verhandelnden Sachen Beibringung von Bescheinigung, oder auch von Beweis aufgetragen wird.

5) Urtheile auf einen nothwendigen Eid oder auf einen Editions-, Würderungs- und Manifestationseid. Zu den nothwendigen Eiden gehört auch der Ergänzungseid beim Beweis durch Saal- und Lagerbücher u. s. w., dann durch Handelsbücher. Dagegen ist Appellation unzulässig bei

Urtheilen auf einen Diffessionseid, Calumnieneid oder Noveneid.

6) Urtheile, wodurch über die Statthaftigkeit eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides, oder über die Eidesformel aberkannt wird, sofern in Folge des Urtheils die Eidesleistung zu geschehen hätte. Wird die Eideszuschiebung als unstatthaft verworfen, oder der Eid pro recusato oder pro praestito erklärt, so findet hiegegen bloß Verwahrung statt.

Daß zur Eidesformel auch die Feierlichkeiten gehören, unter welchen der Eid abgeschworen wird, z. B. die Zuziehung eines Geistlichen, möchte sich im Sinne der Novelle schwerlich behaupten lassen. Da indessen die ratio legis offenbar die ist, vergebliche Eidesleistungen zu verhindern, so wird man der selbständigen Berufung Platz geben müssen, wenn das Gericht den Antrag des Gegners auf besondere Feierlichkeiten verwirft, weil im entgegengesetzten Fall der Eid noch einmal geschworen werden müßte, wenn das Obergericht die Beschwerde, resp. den Antrag, als gegründet erkennt. Willfährt dagegen das Gericht dem Antrag, so tritt jene ratio legis nicht ein, folglich findet gegen das Decret bloß Verwahrung statt: ist derjenige, welcher den Eid leisten soll, seiner Sache gewiß, so mag er den Eid verweigern.

7) Bescheide, wodurch eine Partei, oder ein Dritter zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt wird. Abweisung des Imploranten ist nicht appellabel in Fällen, wo der Editionsstreit bloß einen Incidentpunkt bildet.

8) Bescheide, welche die verlangte Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß als unstatthaft erklären. Gegen das die Aufnahme anordnende Decret ist bloß Verwahrung zulässig.

Die Nummern 5—8 waren in der Novelle von 1819 noch nicht ausgenommen. Die Novelle von 1837 fügte sie den Ausnahmen bei, damit die Heiligkeit der Eide nicht durch vergebliches Abschwören entweiht werde, und weil in den beiden letzten Fällen den durch den Bescheid Beschwerten trotz der Verwahrung ein unverhältnißmäßiger Nachtheil treffen könnte. — Noch bestimmt die Novelle in §. 56, daß gegen Contumacialerkenntnisse Appellation nur dann stattfinde, wenn zugleich in der Hauptsache erkannt wurde, und entweder darüber, daß das Eintreten des Ungehorsams angenommen, oder daß an den Ungehorsam gesetzwidrige Folgen geknüpft worden, Beschwerde geführt wird.

Inwieferne mit der Appellation gegen einen appellablen Bescheid die Remonstration verbunden werden könne, und daß derjenige, welcher durch ein ohne seine Vernehmung ergangenes Decret beschwert zu seyn glaubt, zuvor remonstriren müsse, ehe er appelliren könne, wurde bereits o. cap. XIV, §. 9 Nr. 1. b angegeben.

Verwahrung vertritt die Stelle der Appellation, wo diese nothwendig ist, nicht. — Gegen den Ausspruch der ersten Instanz, daß selbständige Berufung unzulässig sey, findet nur Verwahrung statt.

Das Gesagte gilt übrigens von allen richterlichen Sentenzen, namentlich auch von den im Executionsverfahren ergangenen. Bezüglich letzterer hatte die G. O. bestimmt, die Appellation solle nicht, oder wenigstens nicht mit Suspensiveffect statthaben, ausgenommen was den modus executionis betreffe. Allein die Zulässigkeit der Appellation ist jetzt nach den angegebenen Regeln zu bemessen. Bei einfachen Decreten und Zwischenbescheiden ist sie auch im Executionsverfahren ausgeschlossen, dagegen nicht bei Urtheilen, welche die Hauptsache selbst entscheiden, z. B.

über Art und Weise der Execution, die Gegenstände, an welchen sie vorgenomen werden soll; vorausgesetzt daß gegen richterliche Verfügungen diesen Betreffs, sofern sie auf einseitigen Antrag des Siegers ergangen sind, zuvor remonstrirt worden ist. Inwieweit der Appellation im Executionsverfahren der Suspensiveffect entzogen sey, s. u. §. 9.

II. Eine zweite Beschränkung der Appellation liegt in der Appellationssumme. Die Gerichtsordnung bestimmte in dieser Beziehung, eine Appellation solle gegen Justizdicasterien bei geringen Händeln unter 50 fl. an Geld oder Geldeswerth nicht stattfinden. Gegen Untergerichte solle man in solchen Fällen die Appellation wenigstens nicht ohne besonders erhebliche Ursache gestatten.

Die Nov. v. 1837 §. 57 verordnet jetzt allgmein, daß Appellationen gegen Untergerichte unzulässig sind in Sachen, in welchen der Beschwerdegegenstand 50 fl. nicht erreicht; hievon gibt es auch keine Ausnahme aus besonders erheblichen Ursachen mehr. Urtheilte ein Obergericht in erster Instanz, so beträgt die Appellationssumme nach den Novellen vom 16 August 1779 und 11 Februar 1811 Einhundert Gulden. Ueber die zur Revision (Appellation von der zweiten an die dritte Instanz) nothwendige Summe s. u. §. 12. In den vormals fränkischen Fürstenthümern Würzburg und Bamberg war früher die Appellationssumme nach V. O. vom 28 November 1803 in fränkischer Währung (1 fl. = 1 fl. 15 kr. rhein.) zu berechnen, bis der Landtagsabschied vom 23 Mai 1846 die durchgehende Berechnung nach dem 24½ fl. Fuße, den Gulden zu 60 Kreuzer, vorschrieb.

Bei Berechnung der Appellationssumme bleibt alles dasjenige ausgeschlossen, was unter den Parteien nicht mehr streitig ist; es kommt also nicht auf die Größe des Streitgegenstandes, sondern die des Beschwerdegegenstandes an, welche in Einem und demselben Falle für Kläger und Be-

klagten verschieden seyn kann (vergl. §. 61. Abs. 3 der Nov.). Die Novelle von 1837 stellt in §. 58 — 63 für die Berechnung der Appellationssumme folgende nähere Vorschriften auf.

Zinsen (Capital- oder Verzugszinsen), Kosten, Schäden, Früchte, — als Nebensache zu- oder aberkannt — kommen nicht in Anschlag, d. h. dürfen nicht mit der Hauptsache zusammengerechnet werden, um die appellable Summe herauszubringen. Ist dagegen die Hauptsache für sich appellabel, so wird der Ausspruch über jene Nebensachen wegen der Connexität an den Oberrichter devolvirt, und eben so umgekehrt der über die nicht appellable Hauptsache, wenn wegen der die Appellationssumme erreichenden Nebenforderungen die Berufung ergriffen wird.

Jährliche Renten oder Zahlungen in Geld werden (abgesehen von der gleich nachher anzuführenden Ausnahme) als 4procentige Zinsen angesetzt und hienach als Capital berechnet. Dabei wird vorausgesetzt, daß das Recht selbst bestritten ist, denn handelt es sich bloß um die Leistung der für ein oder mehrere Jahre fälligen Renten, so kommt es auf deren Betrag, nicht auf den des Capitals an. Auf unständige Renten ist die Bestimmung nicht anwendbar, sondern diese fallen unter §. 61 resp. 63 der Novelle, s. u.; dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Rente ewig oder nur lebenslänglich ist.

Naturalleistungen werden nach zehnjährigen Durchschnitts-, Markts- oder laufenden Preisen (z. B. nach den Schrannenpreisen) angeschlagen und hienach ihr Capitalwerth mit dem 25fachen Betrage berechnet. Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder anerkannt ist, welche aber eine Schätzung zulassen, werden nach den gesetzlichen Vorschriften über Schätzungen (s. o. cap. XII. §. 3) gerichtlich geschätzt.

Grunddienstbarkeiten sind in der Art zu schätzen, daß ermittelt werde, um wie viel das Grundstück des appellirenden Theils durch das gravirliche Erkenntniß am Werthe verlieren würde; wenn sich dieses aber nicht ausmitteln läßt, so gilt der Werth des Grundstückes des Appellanten als Streitsumme. Appelliren beide Theile, so ist eine doppelte Schätzung nöthig, wonach sich unter Umständen die Appellation des einen Theils als zulässig herausstellen kann, die des andern als unzulässig. Personalservituten sind mit Rücksicht auf das Lebensalter des Berechtigten zu schätzen.

Ohne Rücksicht auf eine Summe ist die Berufung zulässig, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine bestimmte Schätzung nicht zulassen, insbesondere bei Standesklagen (über jura status), bei Streitigkeiten über das Eherecht (d. h. über persönliche, nicht über Vermögensverhältnisse), über die Vaterschaft (eheliche oder außereheliche, aber nicht, wenn es sich bloß um Bezahlung von Alimenten handelt,) oder Kindschaft, über die väterliche Gewalt (sofern es sich nicht bloß um Vermögensrechte aus derselben handelt), über Ehrenbeleidigungen, insofern nicht wegen dieser bloß auf Geldleistung geklagt ist. Außer diesen Fällen gibt es noch viele Rechte, welche keine bestimmte Schätzung zulassen, z. B. wegen der Unbestimmtheit ihrer Größe, wegen der Ungewißheit ihrer Wiederkehr, wie bei Frohnen, Handlohnen u. s. w. Auch bestimmt der Landtagsabschied vom 23 Mai 1846 ganz allgemein, daß in Streitigkeiten über den Besitz oder Rechtsbestand eines bleibenden Rechts auf wiederkehrende Leistungen oder Gegenleistungen, Naturalien oder Dienste von dem Erfordernisse der Berufungssumme Umgang zu nehmen sey,

1) wenn der betreffende Anspruch aus dem lehen-, grund-, zehent-, gerichts- oder standesherrlichen Verbande abgeleitet werde;

2) wenn Grund- und Bodenzinse, Gilten, Frohnen, Hut- und Weidegerechtigkeiten, oder Forstrechte, oder die Gegenleistungen für solche Lasten aus einem sonstigen Rechtsgrunde angesprochen werden.

Bei Klagen und Widerklagen findet eine Zusammenrechnung der Klags- und Widerklagssumme nicht statt. Wenn die eine derselben appellabel ist, wird es dadurch nicht auch die andere (wie dieß bei Zinsen, Kosten u. s. w. der Fall ist, s. o.); wird indessen die Widerklage als Einrede geltend gemacht, so ist eine Zusammenrechnung möglich, da überhaupt mehrere Einreden zusammengerechnet werden können, z B wenn die einer Forderung entgegengesetzten Einreden der Bezahlung und Compensation verworfen wurden. Bei letzterer Einrede kommt es, sofern sie ganz, nicht bloß wegen Illiquidität verworfen wurde, nicht auf die Größe der klägerischen Forderung, sondern auf die der Compensationsforderung an, denn wenn letztere auch größer ist als jene, so kann doch der Ueberschuß später nicht mehr eingeklagt werden, wenn einmal die Verwerfung der Einrede in Rechtskraft erwachsen ist.

Wenn mehrere Klagen, welche einerlei Ursprung haben, auf eine nach cod. jud. cap. IV. §. 9 erlaubte Weise in einer Klagschrift vereinigt worden sind, so findet auch zum Zwecke der Appellation die Zusammenrechnung der Summen statt. Diese Bestimmung umfaßt nach dem o. cap. IV. §. 9 Vorgetragenen alle Fälle einer zulässigen objectiven, wie subjectiven Klagenhäufung.

Im Concursprocesse wird (als Ausnahme vom vorigen Satz, wonach bloß Klagen „einerlei Ursprungs" zusammengerechnet werden,) nicht auf die einzelnen Forderungen des Appellanten, sondern auf den Gesammtbetrag derjenigen seiner Forderungen gesehen, in Ansehung deren die Liquidität oder Priorität streitig ist. Doch kommt es

auch auf die Summen an, welche man durch die Appellation entfernt sehen will; sind diese nicht appellabel, so kann man auch durch das oberrichterliche Erkenntniß die appellable Summe nicht erhalten, die Berufung ist deßhalb unzulässig.

Es gibt sogar einen Fall, wo mehrere Gläubiger ihre Forderungen zusammenrechnen dürfen, um die appellable Summe herauszubringen. Wenn nämlich im Namen mehrerer unter einer und derselben Verwaltung stehenden Stiftungen in einer und derselben Berufungsschrift und aus gemeinschaftlichen Gründen (wenn auch die eine oder andere noch besondere Gründe für sich hat,) gegen ein Prioritätsurtheil appellirt wird, so ist die Beschwerdesumme nicht nach den einzelnen Forderungen für jede einzelne Stiftung, sondern nach der Größe aller Forderungen der gemeinschaftlich appellirenden Stiftungen zu berechnen.

Die Frage, ob die appellable Summe vorhanden sey, hat der Oberrichter von Amtswegen zu prüfen, und zwar unbedingt, wenn der Beschwerdegegenstand von der Art ist, daß es zur Beantwortung jener Frage keiner besondern Erhebungen bedarf. Betrifft die Beschwerde einen Gegenstand, dessen Werth nur durch Schätzung erhoben werden kann, so bedarf es einer solchen nicht, wenn Appellant eine appellable Summe als Werth angegeben, und Appellant sie nicht widersprochen hat. Ist aber der Werth nicht angegeben oder anerkannt, so muß er durch Schätzung erhoben werden, und diese ist vom Oberrichter ex officio zu veranstalten, indem der Unterrichter zur Vornahme derselben angewiesen wird. Das Verfahren richtet sich nach G. O. cap. XII. §. 3. Nr. 2 (Justiz-Ministerialrescript vom 23 Sept. 1839); der Richter hat zwei Sachverständige (es müßte denn nur Einer zu haben seyn,) zu ernennen, welche die Sache nach ihrem

Verkaufswerthe (verum rei pretium), nicht nach dem zufälligen Interesse, welches sie für den Appellanten hat (id quod interest), oder gar nach dem Affectionswerthe zu schätzen haben. Daß beim Verkaufswerth auch Verhältnisse wie Lage, Kundschaft u. s. w. in Anschlag kommen, versteht sich von selbst. Schwanken die Meinungen der Sachverständigen zwischen einer apellablen und nicht appellablen Summe, so ist die Berufung gemäß G. O. cap. XV. §. 11 Nr. 2 zuzulassen. Eine nochmalige Schätzung zum Behuf der zweiten Berufung findet nicht statt. Novelle §. 61 Abs. 2.

Ist ein appellables Erkenntniß gefällt, so kann das Recht zur Berufung dem Beschwerten nicht dadurch entzogen werden, daß der Gegner auf einen Theil der Forderung verzichtet, wohl aber geht es durch einen Verzicht des Appellanten verloren, wodurch der Beschwerdegegenstand unter die appellable Summe herabsinkt.

III. Ueber die Beschränkung der Appellation durch ihre Eingränzung in eine Nothfrist s. u. §. 6.

IV. Die Frage, ob in einem Falle die beiden letztgenannten Erfordernisse der Berufung (nämlich die appellable Summe und die Einhaltung der Nothfrist) vorhanden seyen, hat nach G. O. Nr. 8 h. l. der Oberrichter zu entscheiden. Die Entscheidung der Frage, ob in einem Fall selbständige Berufung oder bloß Verwahrung zulässig, kommt nach Novelle von 1837 §. 65 dem Unterrichter zu. Bei Berufungen, welche der Bestimmung des §. 51 der Novelle (vergl. o. Nr. I.) zuwider ergriffen werden, hat das Gericht den Appellanten in einer motivirten Entschließung abzuweisen und nach Lage des Processes weiter zu verfahren. Gegen diese Abweisung ist nach §. 53 Nr. 7 ib. bloß Verwahrung zulässig. Nur dann müßte das Obergericht auf eine gegen die Abweisung gerichtete

Beschwerde eingehen, wenn durch den beschwerenden Bescheid, gegen welchen der Unterrichter die Berufung nicht zulassen will, eine Sache definitiv beendigt wird; denn hier würde kein appellables Erkenntniß mehr zu erwarten seyn, mit welchem die Verwahrung geltend gemacht werden könnte, es würde also eine Voraussetzung wegfallen, deren Vorhandenseyn nothwendig als stillschweigende Bedingung der Unzulässigkeit selbständiger Berufung im Sinne des Gesetzgebers angenommen werden muß.

Der Ausspruch, ob eine ergriffene Appellation Suspensiveffect habe, kam nach der G. O. dem Oberrichter zu. Die Nov. v. 1837 §. 66 Abs. 5 bestimmt dagegen, in allen Fällen, in welchen die Gesetze ausdrücklich der Appellation den Suspensiveffect versagen, habe der vorige Richter ohne Rücksicht auf etwaige Appellation sein Urtheil zu vollziehen. Hiernach steht die Cognition über den Suspensiveffect in der Regel dem Unterrichter zu, nur in zweifelhaften Fällen hat der Oberrichter darüber zu entscheiden.

§. 4.

Von dem judice a quo et ad quem, und den Appellationsinstanzen.

Martin, §. 284. Bayer, S. 630.

Ueber die gegenwärtige Instanzenordnung war bereits v. cap. II. §. 1 die Sprache. Die Appellation geht immer an den nächst höheren Richter; von demjenigen, welcher keinen höheren über sich, oder ein privilegium de non appellando hat, kann nicht weiter appellirt werden. Ein solches Privilegium hat das Stadtgericht München in Ewiggeldsachen (v. J. 1453, zuletzt bestätigt durch V. O. v. 10 April 1756 und 25 Juni 1789) in der Art, daß

die Berufung sofort an das Justizministerium geht, doch delegirt dieses regelmäßig das Oberappellationsgericht.

Vom Delegaten geht die Berufung an den Deleganten, wenn letzterer der dem ersteren unmittelbar vorgesetzte höhere Richter ist, also in den o. cap. I. §. 18 am Eingang aufgeführten Fällen einer Delegation im engeren Sinne. Dagegen geht sie an das vorgesetzte Gericht des Deleganten, wenn der Delegirte ein Gerichtsmitglied des delegirenden Gerichts, oder ein coordinirtes Gericht ist, d. h. in den Fällen einer bloßen Commission (Deputation) und Requisition.

§. 5.

Von der Appellationsschrift und dem libello gravaminum.

Martin, §. 288. Bayer, S. 624.

Nach Novelle von 1819 §. 23 muß der Appellant innerhalb der Nothfrist unter Strafe der Desertion die an den höhern Richter stylisirte Appellationsschrift (Stylisirung an den Unterrichter würde indessen nicht die Desertion zur Folge haben,) bei dem Gerichte erster Instanz übergeben; in mündlich zu Protokoll verhandelten Sachen kann die Beschwerde in gleicher Art aufgenommen werden.

Da die Urtheile mit den Acten zu dem Obergerichte gelangen, so ist die Beilage der Urtheilsabschriften zu dem Beschwerdelibelle nicht mehr nothwendig. Die Trennung der Appellationsschrift von dem libellus gravaminum ist nicht mehr gebräuchlich.

In der Appellationsschrift müssen die beschwerenden Punkte der unterrichterlichen Sentenz speciell bezeichnet seyn; eine Ausführung der Beschwerden ist dagegen nicht absolut nothwendig, sondern es genügt, sich auf Ausführungen in den Acten zu berufen.

Die G. O. (Nr. 5) läßt abweichend vom gemeinen Rechte selbst eine appellatio de gravamine *futuro* zu, d. i. eine vorsorgliche Beschwerde gegen eine richterliche Maßregel, welche allem Anschein nach zu erwarten steht, z. B. wenn der Richter nach den getroffenen Anordnungen im Begriff steht, einen Arrest aufzuheben, oder ein opus zu destruiren, vrgl. Anm. lit. e. Eine solche Beschwerde ist an keine Nothfrist gebunden, doch muß die Berufungssumme vorhanden und gegen die zu befürchtende Verfügung selbständige Berufung zulässig seyn. Wird die Verfügung wirklich erlassen, so muß ungeachtet der eingelegten Beschwerde innerhalb der Nothfrist dagegen appellirt werden.

Extrajudicialbeschwerde (G. O. h. l. Nr. 6 und 7) ist die Berufung gegen einen Gerichtsbeschluß, welcher in einer andern als Civilproceßsache erlassen wurde, z. B. gegen beschwerende Verfügungen der Obervormundschaftsbehörde, des Hypothekenamts, Depositenamts, der Verlassenschaftsbehörde. Die Praxis läßt indessen auch gegen solche Gerichtsbeschlüsse Extrajudicialbeschwerde zu, welche in einer Civilproceßsache erlassen wurden, ohne sich zunächst auf die Entscheidung oder Leitung der Streitsache selbst zu beziehen, soferne die bloße Verwahrung für den Beschwerten bedeutungslos wäre, z. B. bei Verweigerung des Armenrechts, Auftrag der Schriftenlegalisation, Verfügungen, welche sich auf die Gerichtsdisciplin gegen Anwälte (s. o. cap. II. §. 5), Parteien, oder Dritte, z. B. Zeugen beziehen u. s. w. Im Allgemeinen ist hierüber folgendes zu bemerken:

1) die beschwerende Verfügung muß vom Richter in seiner amtlichen Eigenschaft erlassen seyn. Eine von ihm als Privatperson ausgehende Verletzung begründet Klage, aber keine Extrajudicialappellation.

2) Sie muß *extra viam et ordinem processus* ergangen seyn. Ist eine Vormundschafts-, Hypothekensache u. s. w. in einen Proceß übergegangen, so sind gegen die richterlichen Verfügungen nur mehr die processualischen Rechtsmittel, nicht die Extrajudicialbeschwerde zulässig. Eine Ausnahme hievon machen, wie so eben angegeben wurde, nach der Praxis gewisse in Civilproceßsachen ergangene Decrete, für welche sich indessen keine feste Gränze aufstellen läßt, vielmehr hat hier das vernünftige Ermessen des Richters zu entscheiden. Die Bezeichnung einer Parteieingabe mit dem Worte Extrajudicialbeschwerde ist natürlich für die Frage über ihre Zulässigkeit ohne allen Belang.

3) Eine summa appellabilis ist bei der Extrajudicialbeschwerde nicht nothwendig, ebensowenig genaue Einhaltung der Nothfrist, nur darf kein allzugroßer Zeitraum seit der beschwerenden Verfügung verflossen seyn, worüber wieder das richterliche Ermessen zu entscheiden hat (über die Frist für Recurse gegen Proceßstrafen s. o. cap. II. §. 5). Der Proceß darf durch die Beschwerde nicht aufgehalten werden. Ist seine Fortsetzung durch ihre Erledigung nicht bedingt, so ist letztere bis zum Ausgange der Sache zu verschieben (Nov. v. 1819 §. 21), sie müßte denn ohne Vorlage der Streitacten an den Oberrichter möglich seyn.

Ueber die Zulässigkeit von *novis* (G. O. Nro. 8) ist zu bemerken: In der Appellationsinstanz dürfen die in den bisherigen Verhandlungen vorkommenden Thatsachen circa facti veritatem aut circumstantias besser erklärt und ausgeführt werden, d. h. aber nicht, sie dürfen durch weitere, bisher noch nicht angegebene Beweismittel besser bewiesen werden (wie nach gemeinem Recht), sondern es ist erlaubt, die zur Begründung von Rechten im bisherigen Verfahren behaupteten Thatsachen durch nachträgliche Anführung von Nebenumständen besser zu erläutern und ins rechte Licht zu

setzen. Außerdem gehören in die Appellationsinstanz insbesondere Rechtsausführungen, rechtliche Beleuchtungen des Streitverhältnisses und des gefällten Erkenntnisses.

Hat sich indessen eine Thatsache, wodurch für den Beklagten eine noch nicht vorgebrachte Einrede, für den Kläger eine Replik u. s. w. begründet wird, oder ein bisher nicht benanntes Beweismittel nach der Fällung des erstrichterlichen Urtheils oder so kurz zuvor hervorgethan, daß keine 14 Tage dazwischen lagen (die Restitutionsfrist, s. u. cap. XVI. §. 1), so kann die Partei die nova mit der Appellation vorbringen, und verlangen, daß der Oberrichter sie berücksichtige.

Besteht das novum in einer Thatsache, so darf dadurch keine Aenderung der Klage hervorgebracht werden, denn in diesem Fall würde ein ganz neuer Proceß entstehen, der Kläger wäre deßhalb zu neuer Klagestellung anzuweisen. Die Frist für das Vorbringen des novum ist die Appellationsfrist, wenn sich dasselbe 14 Tage vor dem Schluß dieser Frist, oder weniger als 14 Tage vor ihrem Beginn herausstellte. Außerdem beträgt die Frist 14 Tage von Auffindung des novum an, Plenarbeschl. d. O. A. G. vom 14 Dec. 1843; es müßte denn bereits das oberrichterliche Erkenntniß rechtskräftig gefällt seyn, in welchem Fall die Grundsätze von der restitutio contra sententiam eintreten, s. u. cap. XVI. §. 1.

Zur Restitution ist der Noveneid hinreichend (s. o. cap. XIII. §. 6); selbst dieser ist nicht nöthig, wenn der Gegner nicht widerspricht, daß das novum erst aufgefunden worden sey. Ueber das Verfahren s. u. §. 7.

§. 6.

Von den Appellationsfatalien.

Martin, §. 278, 286, 288. Bayer, S. 632.

Die Appellationsfrist von 60 Tagen, welche in der Gerichtsordnung festgesetzt, und in der Novelle von 1819 §. 22 für Definitiverkenntnisse ausdrücklich beibehalten worden war, ist durch Novelle von 1837 §. 64 aufgehoben worden. Nach diesem Gesetz beträgt die Berufungsfrist gegen Erkenntnisse im Executionsverfahren und im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs 14 Tage, gegen alle übrigen 30 Tage, einerlei ob es Definitiverkenntnisse oder appellable Zwischenbescheide sind. Das Executionsverfahren beginnt, sobald der Sieger auf die Realisirung des rechtskräftigen Endurtheils, oder in Fällen, wo kein Urtheil vorausging (z. B. wegen ununwundenen Zugeständnisses, cap. XII. §. 1), auf Zahlungsbefehl anträgt. Berufungen gegen Erkenntnisse über Principalintervention, bezüglich welcher der Hauptproceß im Executionsverfahren schwebt, sind an die 14tägige Berufungsfrist nur insoweit gebunden, als die Beschwerden die Execution betreffen. Plen. Beschl. des O. A. G. vom 13 März 1845. Die Appellationsfrist läuft vom Tage der Einhändigung des Urtheils, bei mündlichen Verhörssachen von dem der Publication an, doch wird der erste Tag nicht eingerechnet. Die Restitution gegen den Ablauf der Frist richtet sich nach Novelle von 1837 §. 29, s. u. cap. XVI. § 1. Die Bemerkung des Tages der Urtheilseinhändigung oder Publication in der Appellationsschrift, welche die G. O. vorschreibt, ist nicht mehr nothwendig, da die Schrift beim Unterrichter eingereicht wird, welcher sie mit den Acten, aus denen die Wahrung der Frist durch beigelegte Recepisse ohnedieß hervorgehen muß, dem Obergericht übersendet.

Durch Einreichung bei dem Oberrichter wird die Frist nur dann salvirt, wenn sie noch nicht verflossen, und wenn die Einreichung bei demselben nicht mit einer Nebenabsicht geschah, z. B. um der bei der Entfernung des Untergerichts drohenden Versäumung der Frist zu entgehen.

Bei einer Inhäsivsentenz läuft die Appellationsfrist von der ersten Sentenz an, wenn der Implorant selbst die Berufung ergreift. G. O. Nro. 7. Ergreift dagegen Implorat die Berufung, so muß er nach Nov. 1837 §. 55 zuvor remonstriren, ihm läuft deßhalb die Appellationsfrist erst vom Inhäsivdecret an.

§. 7.

Von dem Processe in appellatorio.

Martin, §. 286 — 291. Bayer, S. 631.

Das Verfahren bei der Appellation ist nach Novelle von 1819 §. 23 u. 25 im Zusammenhalt mit Novelle von 1837 §. 67 u. 68 folgendes:

Die Appellationsschrift ist beim Unterrichter einzureichen. Ist die Berufung gegen die Abweisung der Klage von der Gerichtsschwelle ergriffen worden, so sind die Acten ohne weiteres an den höheren Richter einzusenden; der Gegner erhält hievon Nachricht. In den übrigen Fällen wird die Schrift dem Gegner mitgetheilt, welcher binnen einer unerstreckbaren Frist von 30 beziehungsweise 14 Tagen, je nach der Berufungsfrist, eine Nebenverantwortung abgeben und adhäriren kann. Beides geschieht schriftlich, bei protokollarisch verhandelten Sachen kann es jedoch auch zu Protokoll gegeben werden. Eine ausdrückliche Aufforderung zur Vornahme jener Handlungen ist zwar nach Novelle von 1837 nicht nothwendig, aber jedenfalls zweckmäßig. Nebenverantwortungen finden bloß bei Berufungen gegen Er-

kenntnisse der ersten Instanz (sie sey ein Unter- oder Obergericht) statt.

Adhärirt der Gegner, so wird seine Schrift dem Appellanten zur Adhäsionsnebenverantwortung binnen gleicher Frist von 30 resp. 14 Tagen hinausgeschlossen. Ueber die Nebenverantwortung findet keine Re- und Duplik statt. Nur dann, wenn sie nova enthielte (welche Appellat in demselben Maß und unter denselben Bedingungen nachbringen kann, wie Appellant in seiner Appellationsschrift, s. o. §. 5), müßte Appellant zur Erklärung über dieselben aufgefordert werden. Außerdem werden, wenn die Nebenverantwortungen eingekommen sind, oder die Frist abgelaufen ist, die Acten nebst den Appellationsverhandlungen mit Bericht dem Oberrichter vorgelegt.

Findet der Oberrichter die Streitsache in Bezug auf die derselben zu Grunde liegenden Thatsachen nicht genug erörtert, so sind die Acten zur Ergänzung an den Unterrichter zu remittiren; nach geschehener Ergänzung hat jedoch nicht der Unterrichter noch einmal zu erkennen, sondern der Oberrichter das Urtheil zu fällen. Nur dann wäre hievon eine Ausnahme zu machen, wenn der Unterrichter eine Proceßhandlung oder ein Beweismittel wegen formeller Mängel (z. B. Versäumniß der Frist) verwarf, die Partei hiegegen Verwahrung einlegte, und der Oberrichter die mit dem appellablen Erkenntniß ausgeführte Beschwerde gegründet findet. Das Nähere u. §. 9.

Werden in der Appellationsinstanz nova vorgebracht, so kommt es darauf an, ob sie in neuentdeckten Thatsachen, oder Beweismitteln bestehen. Im letzteren Fall werden zwar die Acten zur Instruction des nachgetragenen Beweismittels dem Unterrichter remittirt (der Oberrichter müßte sich denn überzeugen, daß es zur Gewährung des Berufungsgesuches eines weiteren Beweismittels gar nicht

bedürfe), allein über das Resultat erkennt der Oberrichter. Im ersten Fall dagegen erkennt das Obergericht auf den Beweis der Thatsachen, falls solche erheblich, und von dem darüber zu vernehmenden Appellaten oder Adhäsen widersprochen sind. Das Untergericht hat aber nicht bloß den Beweis zu instruiren, sondern auch über das Resultat der Beweisführung zu erkennen. G. O. Nr. 9 b. l. Plenarbeschl. des O. A. G. vom 14 Dec. 1843.

§. 8.

Vom Stillstande und den attentatis.

Martin, §. 276. Bayer, S. 644.

Ein Attentat ist vorhanden, wenn eine Partei oder der Richter nach gefälltem Urtheile, ehe jedoch dasselbe in Rechtskraft übergegangen ist, den Stand der Sache auf eine widerrechtliche Weise ändert. Kein Attentat, obgleich nach dem Rechtssatze pendente lite nihil innovetur widerrechtlich, ist die von einer Partei vor gefälltem Erkenntniß, ferner die von einem Dritten vorgenommene Aenderung; nicht einmal widerrechtlich (also auch kein Attentat) ist die Erlassung eines richterlichen Provisoriums, soferne nur die Voraussetzungen dazu vorhanden sind; ferner die Vornahme solcher Handlungen, wodurch der Handelnde gerade umgekehrt Aenderungen zu verhüten sucht, z. B. wenn der Besitzer den Gegner, welcher ihn im Besitze stören will, abwehrt.

Ist ein Attentat klar und offenbar, d. h. ist das Factum notorisch, oder in continenti erweislich, und kommt es dabei nicht erst auf die Erörterung einer zweifelhaften Rechtsfrage an, so wird die Attentatenklage nach Novelle von 1837 §. 1 Nr. 8 im mündlichen Verhör verhandelt, und die Hauptsache bis zur erfolgten Restitution sistirt, der Verletzte müßte denn selbst das Gegentheil beantragen.

Ist aber das Attentat nicht offenbar kundig, so wird die Klage als Incidentsache in gesonderten Acten, jedoch in demselben Verfahren wie die Hauptsache, welche dadurch nicht aufgehalten wird, verhandelt; indessen eignet sich die Sache in der Regel zur Erlassung eines bedingten Mandats. Nur bei Anrufen der Unterthanen gegen ihre Obrigkeiten und Gutsherrschaften, namentlich wegen Beitreibung von Abgaben, ferner bei Besitzstreitigkeiten, und in Fällen, wo die vom Beklagten vorgenommene Handlung die Abwendung einer Gefahr bezweckt, soll mit Mandaten behutsam verfahren werden, weil im ersten Fall die Wahrscheinlichkeit gegen das Vorhandenseyn eines Attentates spricht, im zweiten gleichfalls die Ausübung des Besitzes häufig als Attentat bezeichnet wird, im dritten Fall durch das Mandat dem Beklagten unverhältnißmäßiger Schaden zugehen könnte.

Die Attentatenklage ist, wenn das Attentat vom Unterrichter, oder von einer Partei während der Zeit, da die Acten sich beim Oberrichter befinden, verübt wurde, bei letzterem, außerdem beim Untergericht zu stellen.

§. 9.

Vom Effecte der Appellation und Adhäsion.

Martin, §. 276, 288. Bayer, l. c.

Die Gerichtsordnung spricht in gegenwärtigem Paragraphen von drei Wirkungen der Appellation: dem Devolutiveffect, Suspensiveffect und der Adhäsionsbefugniß des Appellaten.

1) Durch die Appellation wird die Streitsache in Bezug auf die Punkte, wegen welcher appellirt wurde, sammt allem dem, was davon abhängt (wozu namentlich Pertinenzen, Früchte, Schäden und Kosten gehören), an den Oberrichter devolvirt. Die Punkte, über welche nicht appellirt wurde, werden rechtskräftig, so daß sie der Oberrichter selbst dann

nicht abändern kann, wenn er ihre Entscheidung als unrichtig erkennt, sie müßte denn gegen ein gesetzliches, von Amtswegen zu berücksichtigendes Verbot verstoßen.

Wurde eine Klage vom Unterrichter abgewiesen, oder Beklagter davon entbunden, und der Oberrichter findet die Abweisung, beziehungsweise Entbindung unbegründet, so kommt es rücksichtlich des Devolutiveffects darauf an, ob der Unterrichter die Klage aus einem Grunde abwies, bei dessen Würdigung er auf die Beurtheilung der Sache selbst eingehen mußte, oder ob er sie wegen einer Vorfrage abwies, deren Entscheidung von einem Eingehen in die Sache selbst, wenigstens von einer Beurtheilung derselben unabhängig war. Im ersten Fall, der namentlich dann eintritt, wenn der Richter die Klage als unbegründet, oder weil er eine materielle Einrede für begründet hielt, abwies, wird die ganze Sache an den Oberrichter dergestalt devolvirt, daß er in der Hauptsache selbst urtheilen muß, wobei er eine Definitivsentenz oder ein Beweisinterlocut zu erlassen, ja nach Umständen selbst das abweisende Erkenntniß, nur aus einem andern Grunde, zu bestätigen hat. Das zweite ist insbesondere dann der Fall, wenn eine proceßhindernde, oder überhaupt eine die Verpflichtung zur Streiteinlassung bekämpfende Einrede (nur darf man hiezu nicht die häufig ungeschickter Weise in dieser Absicht entgegengesetzte sog. exc. libelli inepti, deficientis legitimationis ad causam und ähnliche rechnen,) entgegengesetzt wurde. Hier wird bloß die Frage, ob diese Einrede begründet sey, an den Oberrichter devolvirt; er hat also, wenn er sie als ungegründet erkennt, dem Unterrichter das Urtheil in der Hauptsache zu überlassen. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 10 Dec. 1842.

Dasselbe gilt analog im Beweisverfahren. Hat der Unterrichter ein Beweismittel wegen formeller Mängel, z. B. wegen verspäteter oder formwidriger Beweisantretung ver-

worfen, und der Oberrichter erkennt die Verwerfung für unbegründet, so sind die Acten zur nachträglichen Instruction und zum abermaligen Spruch an den Unterrichter zu remittiren. Hat aber der Richter ein Beweismittel als unzulässig oder irrelevant verworfen, so sind die Acten unter jener Voraussetzung ebenfalls zur Instruction zu remittiren, über das Resultat erkennt jedoch der Oberrichter.

Da die Streitsache bloß „nach dem Maße der eingewandten Beschwerden" an den Oberrichter devolvirt wird, so ist derselbe an das petitum des Appellanten gebunden, er kann nicht günstiger urtheilen, als dieser verlangt, selbst wenn ein günstigeres Urtheil nach den Acten zu fällen wäre; nur kommt es nicht sowohl auf die formelle Bitte, als auf die ganze Intention des Appellanten, wie sich solche aus seiner Berufungsschrift herausstellt, an, auch darf dadurch nicht das Princip, daß es keinen Conventionalproceß gebe, verletzt werden. Daher darf in den vorhin angegebenen Fällen einer unterrichterlichen Abweisung, in welcher der Oberrichter in der Hauptsache selbst zu erkennen hat, die Sache nicht zur nochmaligen Aburtheilung an den Unterrichter zurückgewiesen werden, selbst wenn Appellant darauf antrug (vgl. den alleg. Plen. Beschl. Motive Nr. 8), es darf nicht auf einen von ihm erbetenen Eid erkannt, oder ein Beweisinterlocut gefällt werden, wenn der Oberrichter die Sache bereits zu einem für den Appellanten günstigen Definitiverkenntniß reif findet.

2) Durch die Appellation wird die weitere Verhandlung über die Punkte, wegen welcher sie ergriffen wurde, suspendirt, selbst in solchen Fällen, in welchen sie wegen Mangels der Summe oder Versäumung der Frist offenbar verwerflich ist. Indessen tritt der Suspensiveffect nicht ein

a) bei Berufungen gegen Provisionalverordnungen in Sachen, welche der Gefahr wegen keinen längeren Verzug

leiden, besonders aber in causis possessorii summariissimi et momentanei. G. O. §. 3 Nr. 2;

b) gegen Verhöre zum ewigen Gedächtniß. Nr. 3 ib.;

c) bei Erkenntnissen, wobei es sich um die richterliche Beseitigung einer besitzstörenden Selbsthülfe handelt (z. B. auf ein interdictum quod vi aut clam). Novelle von 1837 §. 66;

d) unter der Voraussetzung, daß der obsiegende Theil Realcaution leistet (was indessen auch durch gerichtliche Deposition des geschuldeten Gegenstandes geschehen kann; der Richter erster Instanz erkennt ohne Appellation über die Art der Cautionsleistung), tritt der Suspensiveffect nicht ein, wenn in einem bloß das thatsächliche Verhältniß betreffenden Streite, wobei also die Rechtsfrage vollkommen klar ist, das Urtheil auf ein gerichtliches vom Richter als rechtsgültig anerkanntes Geständniß, oder auf gerichtlichen ohne Beiziehung von Sachverständigen aufgenommenen Augenschein, oder auf unbestrittene öffentliche oder anerkannte (ausdrücklich oder wegen Ungehorsams des Gegners als anerkannt erklärte) Privaturkunden, oder auf einen zugeschobenen oder zurückgeschobenen und abgeleisteten Schiedseid (also nicht auf einen nothwendigen Eid hin) gefällt wurde. Nov. v. 1837 l. c.

e) Im Executionsverfahren hat die Berufung aufschiebende Wirkung nur hinsichtlich der Feilbietung der Executionsobjecte. Nov. §. 108. Doch muß man ihr jene Wirkung wohl auch dann beilegen, wenn durch die sofortige Vollstreckung dem Besiegten ein unverhältnißmäßiger Nachtheil zuginge, welcher, im Falle die Appellation gegründet befunden würde, nicht leicht wieder gut zu machen wäre.

Ueber die Competenz rücksichtlich des Suspensiveffects s. o. §. 3 a. E.

3) Durch die Appellation erlangt der Appellat das Recht, zu adhäriren, selbst wenn er auf die selbständige Appellation seinerseits verzichtet hat, oder wenn die Appellationsfrist bereits abgelaufen ist. Erfordernisse der Adhäsion sind

a) nach der G. O. Identität oder wenigstens Connexität des Punktes, bezüglich dessen adhärirt werden will, mit dem Beschwerdepunkte des Appellanten (die amtliche Ausgabe von 1841 hat den sinnstörenden Druckfehler „Appellaten"), beide müssen wenigstens aus demselben Vertrag, Delict oder Geschäfte fließen Anm. lit. c. Wegen gesonderter Punkte muß Appellat binnen der Appellationsfrist selbständige Berufung ergreifen; hat er dieß gethan, so wird im oberrichterlichen Erkenntniß über beide Berufungen besonders entschieden;

b) nach Novelle von 1837 §. 68 muß die Adhäsion binnen 14 resp. 30 Tagen (je nach der Appellationsfrist) unerstrecklicher Frist, vom Tag der Zustellung der Berufung an gerechnet, bei dem Gericht erster Instanz übergeben werden; in protokollarisch verhandelten Sachen kann sie auch mündlich zu Protokoll gegeben werden;

c) nach demselben Gesetze ist die Adhäsion durch das Daseyn der gesetzlich erforderlichen Beschwerdesumme bedingt,

Die Wirkung der Adhäsion ist hauptsächlich die, daß nun in Bezug auf den Appellanten eine *reformatio in pejus* stattfinden kann, während ohne die Adhäsion der Oberrichter das unterrichterliche Erkenntniß entweder gar nicht ändern darf, oder es zu Gunsten des Appellanten ändern muß. Nur wenn jenes Erkenntniß gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (z. B. wegen einer Spielschuld Beweis auflegen), oder auf einen unerbringlichen Beweis interloquiren würde, oder wenn es mit unheilbarer Nullität behaftet wäre, dürfte es der Oberrichter von Amtswegen anfheben.

Durch den Verzicht des Appellanten auf die eingewendete Appellation verliert die Adhäsion ihre Wirkung nicht, dagegen fällt sie mit der formellen Unzulässigkeit der Hauptberufung als wirkungslos hinweg. Novelle von 1837 l. c.

§. 10.

Von Renunciirung auf die Appellation.

Martin, §. 282. Bayer, S. 257, 651.

Auf die Appellation kann sowohl vor Erlassung des unterrichterlichen Erkenntnisses, selbst vor dem Processe durch einen mit dem Gegner abgeschlossenen Vertrag, als während der Appellationsfrist durch einseitiges Begeben der Berufung verzichtet werden, und zwar kann letzteres ausdrücklich, oder stillschweigend durch concludente Handlungen geschehen. Solche Handlungen sind z. B. die Erbittung einer Zahlungsfrist, einer Verlängerung der Beweisfrist, die Antretung des Beweises, die Eingehung eines Vergleiches, sofern alles dieses ohne ausdrückliche Protestation geschieht. — Durch Verzicht auf die Appellation geht nicht, wie bereits im vorigen Paragraph bemerkt wurde, das Recht der Adhäsion unter. Dagegen kann auch auf letztere ausdrücklich und stillschweigend verzichtet werden.

§. 11.

Von der Appellationssentenz.

Martin, §. 289. Bayer, S. 642.

Der Oberrichter hat vor Allem zu untersuchen, ob die äußeren Erfordernisse der Appellation vorhanden sind; diese bestehen aber in dem Daseyn einer appellablen Entscheidung, der Berufungssumme und der Einhaltung der Nothfrist. Fehlt es an einem Erforderniß, so ist die Appellation

sofort abzuweisen; ist das Vorhandenseyn zweifelhaft, so ist von Amtswegen darnach zu forschen, und wenn kein Resultat dabei herauskommt, die Berufung zuzulassen.

Ueber die Abfassung des oberrichterlichen Urtheils gelten dieselben Grundsätze, wie über die des unterrichterlichen. Auf welche Punkte sich jenes zu beschränken habe, und wann ausnahmsweise eine vom Appellanten nicht beantragte Aenderung (in melius und in pejus) des unterrichterlichen Erkenntnisses vorzunehmen sey, wurde bereits in den vorigen Paragraphen erörtert. An die vom Appellanten vorgebrachten Rechtsgründe ist der Oberrichter nicht gebunden, sondern er hat „dem rechtlichen Befunde nach," d. h. wie sich die Sache in den devolvirten Punkten nach den Acten herausstellt, zu entscheiden.

Die Publication des oberrichterlichen Erkenntnisses geschieht heutzutage immer durch den Unterrichter, und zwar durch Zufertigung beglaubigter Abschriften. Nr. 5 der G. O. h. l., welche bei einem reformatorischen Urtheile dem Ermessen des Oberrichters überläßt, ob er es selbst publiciren wolle, ist durch Rescript vom 17 Juni 1821 aufgehoben worden.

Berufungen, welche wider die Vorschriften über die Appellationssumme und Appellationsfrist ergriffen, und deßhalb abgewiesen werden, sind nach Novelle von 1837 §. 65 Abs. 2 nebst der Verurtheilung des Appellanten in die Kosten mit einer Geldstrafe von 10 — 50 fl. zu ahnden. Diese Strafe kann die Partei oder ihren Anwalt treffen, je nachdem die eine oder der andere vorzugsweise an der Ergreifung der unstatthaften Berufung die Schuld tragen. Sind beide gleich schuldig, so wird die Strafe gegen die Partei verhängt, den Anwalt trifft eine Frivolitätsstrafe. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 25 Jan. 1844. Die von der Novelle gedrohte Strafe fällt weg, wenn die un-

ſtatthafte Berufung nicht muthwillig ergriffen wurde, ſondern z. B. aus einem Irrthum über den Werth des Gegenſtandes, der ſich erſt durch die nachträgliche Schätzung als inappellabel herausſtellte.

Litisconſorten kommt bei einer untheilbaren Sache die Appellation eines ihrer Genoſſen immer zu Gute, wenn ſie nicht ihrerſeits ausdrücklich auf dieſelbe verzichtet haben; bei einer theilbaren Sache nützt ſie ihnen unter der letzteren Vorausſetzung bloß dann, wenn überdieß dieſelben oder noch ſtärkere Gründe für ſie ſprechen, wie für den ſiegreichen Appellanten. Dagegen ſchadet es Litisconſorten niemals, wenn einer von ihnen appellirte, aber das Erkenntniß, weil der Gegner adhärirte, in pejus reformirt wurde. Anm. lit. k.

§. 12.

Von der Reviſion.

Reviſion heißt im bayeriſchen Proceßrecht die Berufung von der zweiten an die dritte Inſtanz. Sie iſt zu unterſcheiden von der Berufung an das Oberappellationsgericht als zweite Inſtanz wegen einer Entſcheidung eines Obergerichts als erſter Inſtanz, z. B. über die Zuläſſigkeit einer ergriffenen Berufung. Ueber letztere gelten ganz dieſelben Grundſätze, wie über die Berufung zu einem Obergericht, nur iſt die summa appellabilis nicht 50, ſondern 100 fl., vergl. Plenarbeſchluß des O. A. G. vom 13 December 1838.

Auch die Reviſion unterſchied ſich nach der G. O. von der Appellation nur darin, daß über die erſtere keine weitere Berufung zuläſſig war. Später wurde ſie indeſſen mehr beſchränkt, und zwar durch Aufſtellung einer höheren Reviſionsſumme, und durch ihre Ausſchließung in gewiſſen Fällen.

Schon eine V. O. vom 16 August 1779 bestimmte, daß wenn gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse Revision ergriffen werde, eine Revisionssumme von 300 fl., wenn gegen zwei ungleichförmige, von 100 fl. nothwendig sey. Der Landtagsabschied vom 29 December 1831 erhöhte die Summe im ersten Fall auf 600 fl., im zweiten auf 300 fl., und diese Summen wurden in der Novelle von 1837 §. 57 ausdrücklich beibehalten. Bei ihrer Berechnung bleibt alles ausgeschlossen, was unter den Parteien nicht mehr streitig ist, auch Zinsen, Kosten und Früchte als Nebensache zu- oder aberkannt kommen dabei nicht in Anschlag, überhaupt gelten nach §. 58 der Novelle hier ganz dieselben Grundsätze, wie für die Berechnung der Appellationssumme, s. o. §. 3. Der Grund, warum bei gleichförmigen Erkenntnissen die Revisionssumme verdoppelt wurde, liegt in der Garantie, welche diese Gleichförmigkeit für die Richtigkeit der Entscheidungen gewährt. Diese Garantie ist aber nicht vorhanden, wenn die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen in einem Hauptpunkte (Abweichung in Nebensachen, namentlich im Kostenpunkt ist irrelevant) von einander abweichen, sofern derselbe nicht ein ganz verschiedener von dem ist, hinsichtlich dessen die Revision ergriffen wird. Daher sind Erkenntnisse ungleichförmig, welche auf verschiedene Summen lauten, wenn auch die eine in der andern enthalten ist (hier kann von keinem „Gleichlauten" die Rede seyn), ebenso Erkenntnisse, von welchen das eine die Klage definitiv, das andere angebrachtermaßen abweist. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 8 Mai 1844. Daraus folgt auch, daß zwei Erkenntnisse über denselben Punkt nicht für die eine Partei gleichförmig, für die andere ungleichförmig seyn können.

Eine weitere Beschränkung der Revision wurde durch Novelle von 1819 §. 20, und Novelle von 1837 §. 54

eingeführt. Nach letzterem Gesetz, welches dem ersteren derogirt, findet nämlich eine Revision gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse (vergl. das soeben Gesagte) in folgenden Fällen nicht statt:

1) gegen Bescheide, welche a limine abweisen; gegen Erkenntnisse, welche eine forideclinatorische Einrede verwerfen; oder den Streit über die Proceßart entscheiden; gegen Bescheide, wodurch eine Partei oder ein Dritter zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt, oder wodurch die verlangte Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß als unstatthaft erklärt wird. Es gilt hiezu das o. §. 3 I. B. Nr. 1, 2, 3, 7 und 8 Gesagte;

2) gegen Erkenntnisse, welche nach rechtskräftig entschiedener Hauptsache bloß die Zinsen, Schäden, Kosten und Früchte betreffen;

3) gegen Urtheile über den jüngsten Besitz, vorausgesetzt, daß nach erledigter Klagsache hierüber noch die ordentliche Besitzklage (G. O. cap. III. §. 4 Nr. 2) zulässig ist. Unzulässig ist letztere, daher Revision statthaft bei Grunddienstbarkeiten;

4) gegen Beschlüsse, wodurch eine provisorische Verfügung getroffen (s. o. cap. III. §. 3 I. Nr. 8), oder

5) Arrest verhängt wurde (wurde er relaxirt, so findet Revision statt), — dann

6) gegen Erkenntnisse im Executivprocesse, in beiden letzteren Fällen unter der Voraussetzung, daß dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Processe vorbehalten bleibt, einerlei ob dieß ausdrücklich geschieht, oder stillschweigend;

7) gegen Erkenntnisse, wodurch dem ausländischen Kläger Cautionsleistung aufgetragen wird, es möge die Frage über die Verbindlichkeit selbst, oder über die Art der Cautionsleistung streitig seyn;

8) gegen alle Erkenntnisse und Beschlüsse im Execu=tionsverfahren, soweit gegen dieselben überhaupt eine Be=rufung zulässig ist (vergl. o. §. 3 I. a. E.); eine Unter=scheidung zwischen dem Sieger und Unterliegenden findet im Gesetze keinen Anhaltspunkt;

9) gegen Erkenntnisse in Sachen wegen Ehrenbelei=digungen, insofern nur auf Ehrenerklärung geklagt war.

Gewissermaßen gehört auch die Bestimmung der No=velle von 1819 §. 21 hieher, wonach gegen ein oberrich=terliches Erkenntniß über eine Proceßstrafe eine Beschwerde bei der dritten Instanz nicht geführt werden kann.

Ueber die Wirkungen der Revision rücksichtlich der Devolution und Suspension gelten dieselben Grund=sätze, wie bei der Appellation. Durch die Revision werden diejenigen Punkte des oberrichterlichen Erkenntnisses, gegen welche sie ergriffen wird, sammt allem dem, was davon ab=hängt, an den obersten Richter devolvirt, die übrigen wer=den rechtskräftig. Gegen beschwerende Punkte des unter=richterlichen Erkenntnisses kann nicht revidirt werden, wenn sie nicht durch Appellation oder Adhäsion an den Oberrich=ter devolvirt worden waren. Solche unterrichterliche Ent=scheidungen, gegen welche wegen Nichtappellabilität Ver=wahrung eingelegt wurde, werden nur dann an den ober=sten Richter devolvirt, wenn die Beschwerde mit dem nächsten appellablen Erkenntniß ausgeführt wurde, dasselbe müßte denn keinen Grund zur Appellation geboten haben s. o. §. 3 I. A. a. E.

Nebenverantwortung findet bei der Revision nicht statt, wohl aber kann Revise adhäriren, worüber die o. §. 9 Nr. 3 vorgetragenen Grundsätze gelten; namentlich muß auch hier die revisible Summe vorhanden seyn. Ueber das Vorbringen von Noven gilt das §. 5 Gesagte.

Der oberste Richter hat nicht bloß zu prüfen, ob die äußeren Erfordernisse der Revision (revisible Entscheidung, Summe, Einhaltung der Nothfrist von 30 resp. 14 Tagen) vorhanden sind, sondern auch, ob die der Appellation vorhanden waren. Beschwert sich eine Partei bei der Revision oder Revisionsadhäsion ausdrücklich darüber, daß der Oberrichter die Appellation des Gegners nicht wegen Mangels eines äußeren Erfordernisses abwies, und der oberste Richter findet diese Beschwerde gegründet, so wird das oberrichterliche Erkenntniß aufgehoben, und es bleibt sonach bei dem unterrichterlichen Urtheil. Findet der oberste Richter, daß die Appellation des Revidenten offenbar unzulässig war, so wird nicht das oberrichterliche Erkenntniß aufgehoben, sondern die Revision abgewiesen, und es bleibt sonach bei dem oberrichterlichen Erkenntniß, ausgenommen wenn Revisionsadhärent um Aufhebung dieses Erkenntnisses bat.

Ueber Zurückweisung der Sache zum nochmaligen Erkenntniß gelten auch bei der Revision die o. §. 9 Nr. 1 angegebenen Grundsätze; sie kann sowohl an die zweite, als bei bestätigenden Erkenntnissen des Obergerichts an die erste Instanz vorkommen.

Wurde vom Oberappellationsgericht das Erkenntniß des Obergerichts ganz oder theilweise bestätigt (nur nicht bloß im Kostenpunkt), so wird dem unterliegenden Revidenten (resp. Appellanten, wenn das Obergericht als erste Instanz urtheilte), oder Adhärenten die Bezahlung einer Succumbenztaxe von 9 bis 90 fl. auferlegt, welche dem Pensionsfonde für die Hinterlassenen der Advocaten des Königreichs zufällt. Nov. v. 1837 §. 69. Diese Taxe hat nicht die Natur einer Strafe, denn sie wird auch dann auferlegt, wenn den Unterliegenden der Vorwurf eines Muthwillens nicht trifft, doch richtet sich die Zumessung neben dem

Vermögen allerdings auch nach den Gründen, welche dem Unterliegenden zur Seite standen. V. O. vom 24 Mai 1809. Frei von der Bezahlung einer Succumbenztaxe sind der Fiscus, fromme Stiftungen, Vorstände der Gemeinden, und Vormünder nach erhaltenem obrigkeitlichen Streitconsens.

Sechzehntes Capitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und andern remediis juris.

§ 1.

Von dem remedio restitutionis in integrum.

Martin, §. 296. Bayer, S. 684.

Die Gerichtsordnung handelt in gegenwärtigem Paragraph unter Nr. 1 — 10 von der restitutio contra sententiam, unter Nr. 11 von der restitutio contra lapsum fatalium, aut termini praejudicialis. Die Bestimmungen über die erste Art der Restitution sind noch vollkommen anwendbar, denen über die zweite ist durch Novelle von 1837 §. 38 und 39 derogirt worden.

1. *Restitutio contra sententiam.* Die r. c. s. ist ein subsidiäres Rechtsmittel, sie findet bloß gegen ein bereits rechtskräftiges Erkenntniß statt; gegen ein noch nicht in Rechtskraft erwachsenes muß appellirt werden (wobei auch nova nachgetragen werden können, s. o. cap. XV. §. 5), gegen ein der Rechtskraft nicht fähiges Urtheil ist die Nichtigkeitsquerel anzustellen. Selbst bei rechtskräftigen Sentenzen ist die Restitution ausgeschlossen, wenn die Verfolgung des Rechts in einem andern Processe dem Gegner gegenüber noch möglich ist, z. B. im possessorium ordinarium oder im petitorium, dagegen wird sie nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß man sich auch durch eine

Regreßklage gegen einen Dritten erholen könnte, sofern nur ein Restitutionsgrund vorhanden ist (nicht dagegen ist das Erforderniß der Vorausklagung des Anwalts bei einer Beschädigung durch dessen Nachlässigkeit). Die Behauptung der Anm. lit. b, daß Minderjährige zuvor ihren Vormund ausklagen müßten, ehe sie um Restitution nachsuchen könnten, ist um so ungegründeter, als die Bezeichnung der Minderjährigkeit als eines besondern Restitutionsgrundes unter dieser Voraussetzung bedeutungslos wäre.

Nach bayerischem Recht gibt es drei Restitutionsgründe: die Auffindung von Noven, die Minderjährigkeit, und die Insolvenz des Anwalts, durch dessen Verschulden eine Partei den Proceß verlor.

1) Die Restitution kann wegen eines *novum* gesucht werden, wenn durch dasselbe eine merklich günstigere Entscheidung herbeigeführt würde, und wenn es sich erst nach der Erkenntnißfällung (oder wenigstens keine 14 Tage vorher, vergl. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 14 Dec. 1843 Motive a. E.) ereignet hat, oder der Partei erst bekannt geworden ist (noviter repertum). Das novum kann entweder in einer neuen Thatsache, z. B. Einrede, Replik (nur die Klage dürfte dadurch nicht geändert werden, weil sonst ein ganz neuer Streit entstünde), oder in einem neuen Beweismittel bestehen. In beiden Fällen muß der Restitutionssucher, soferne Gegner die Neuheit der Thatsache oder des Beweismittels widerspricht, dieselbe durch den Noveneid, eine Art speciellen Calumnieneides, s. o. cap. XIII. §. 6, erhärten. Will Gegner den Beweis des Gegentheils führen, so steht ihm dieß frei; liefert er ihn vollständig, so wird der Restitutionssucher abgewiesen, liefert er ihn aber nicht vollständig, so wird jenem der Noveneid erlassen.

Ist diese Vorbedingung erfüllt, so kommt es darauf an, ob das novum in einer Thatsache besteht, oder in einem Beweismittel. Im ersten Fall muß die Thatsache vollständig bewiesen werden; die Auflage eines Erfüllungseides ist hiebei arg. G. O. cap. IX. §. 2 unzulässig. Besteht es in einem Beweismittel, so braucht dadurch in Verbindung mit den früher vorgebrachten Beweismitteln nicht voller Beweis geliefert, sondern nur das Resultat der früheren Beweisführung merklich geändert zu werden. Dieß ist aber z. B. der Fall, wenn statt des Reinigungseides nunmehr der Erfüllungseid, zu dem sich früher erboten wurde, auferlegt werden müßte. Nur gilt dieß natürlich nicht in dem Fall, wenn ein Eid bereits geleistet worden ist, s. o. cap. XIII. §. 2, 3.

2) Minderjährige können nicht bloß wegen eines novum Restitution verlangen, sondern auch dann, wenn im Processe etwas ihrerseits unterlassen oder vom Gegner dolose begangen wurde, wodurch der Proceß zu ihrem Nachtheil ausfiel. Hängt der Verlust des Processes nicht mit jener Unterlassung oder Begehung zusammen, so ist eine Restitution nicht begründet. Dieses Vorrecht kommt zunächst bloß den physisch Minderjährigen zu, ist aber auf die Kirchen, Gemeinden (Gem. Ed. vom 17 Mai 1818 §. 21), causae piae „und dergleichen," wozu namentlich Corporationen und gemeinnützige Stiftungen gehören, ausgedehnt worden. Auch dem Fiscus stand es nach Novelle vom 6 März 1759 zu, allein die Novelle von 1837 §. 39 Abs. 2 nahm es ihm wenigstens in dem Hauptfalle, indem sie bestimmte, das Motiv, daß zu seinem Nachtheil im Processe etwas unterlassen worden sey, solle kein Restitutionsgrund mehr für ihn seyn. Ausnahmsweise soll jedoch die Bestimmung des cap. VII. §. 10 der G. O. (s. die gleich folgende Nr. 3) analog Anwendung finden,

wenn der proceßführende Fiscal gegen seine Instruction oder Vollmacht etwas unterlassen hat, wovon der Verlust des Processes die Folge, und wenn die Erholung der Entschädigung für das Staatsärar wegen Insolvenz des Fiscals nicht möglich gewesen ist.

3) Nach G. O. cap. VII. §. 10 ist der Anwalt seinem Principal allen Schaden, welchen er ihm durch seinen Unfleiß oder Verschulden zugefügt hat, zu vergüten schuldig; wenn er nicht mehr solvendo ist, so soll mit Restituirung des Principals gleichwohl die Billigkeit beobachtet werden. Dieß ist der dritte Grund einer restitutio contra sententiam, denn von Vergütung eines zugefügten Schadens kann erst dann gesprochen werden, wenn der Proceß wirklich durch Schuld des Anwalts verloren worden ist.

Die Restitutionsfrist ist ein Fatale von vier Monaten, welches bei Minderjährigen von dem Tage der erreichten Großjährigkeit oder venia aetatis, bei Kirchen u. dgl., zu deren Nachtheil etwas unterlassen wurde, vom Tag der Publication der beschwerenden Sentenz (sey dieß eine Definitivsentenz, oder ein Interlocut), sofern sich die Läsion nicht erst später herausgestellt hat, im Fall eines Novum von dem Tag der Auffindung, im Fall Nr. 3 o. von dem Tag an läuft, wo sich die Insolvenz des Anwaltes ergeben hat. Ueber die Restitution gegen die Versäumung der Restitutionsfrist gelten die unter Nr. II. aufzuführenden Grundsätze.

Das Restitutionsgesuch ist regelmäßig bei dem Gerichte erster Instanz anzubringen; nur dann wäre es beim Obergericht zu stellen, wenn die Restitution aus dem Grunde verlangt wird, weil gegen ein ungerechtes Urtheil des Unterrichters zum Nachtheil eines Minderjährigen, oder einer den Minderjährigen gleichgestellten Person die Appellation versäumt wurde. Wird wegen Auffindung neuer Thatsachen

um Restitution nachgesucht, so muß der Beweis derselben in dem Gesuche sofort angetreten werden. Die Bitte des Gesuches ist nicht bloß auf Restitution, sondern auch auf die entsprechende Abänderung des Erkenntnisses in der Hauptsache zu richten.

Findet der Richter das Gesuch gleich von vornherein unzulässig, z. B. weil selbst bei seiner Gewährung die Hauptsache nicht merklich verändert wird, oder weil offenbar die Frist versäumt ist, so weist er es definitiv, fehlt es an der Form, z. B. der Antretung des Beweises über die neuen Thatsachen, angebrachtermaßen ab; außerdem wird es zur Verhandlung gezogen, wobei dasselbe Verfahren, wie in der Hauptsache, jedoch mit abgekürzten Terminen, einzutreten hat. Der Implorat wird unter dem Präjudiz zur Verhandlung geladen, daß er mit seinen Einwendungen ausgeschlossen und mit dem Beweise der neuen Thatsachen resp. der Aufnahme der neuen Beweismittel weiter verfahren würde.

Implorat kann den neuen Thatsachen andere entgegensetzen, z. B. neuen Einreden — Repliken, ferner kann er directen Gegenbeweis führen, sowohl gegen neue Thatsachen, als neue Beweismittel. Im letzteren Fall ist er keineswegs auf Gegenbeweis gegen die Glaubwürdigkeit der neuen Beweismittel beschränkt, sondern kann auch gegen das Beweisthema selbst noch einmal Gegenbeweis führen, ohne daß er einer Restitution bedarf (weßhalb auch die Erfordernisse der Restitution bei ihm nicht vorhanden zu seyn brauchen), denn die Novelle von 1837 §. 43 verpflichtet ausdrücklich bloß zur Antretung des Gegenbeweises, „wodurch der Beweis der andern Partei widerlegt werden will," binnen der Gegenbeweisfrist. Daraus folgt, daß man den Gegenbeweis bloß nach dem Maße der Beweisantretung einzurichten braucht, und daß es verstattet seyn

muß, gegen eine neue Beweisantretung unbedingt Gegenbeweis zu führen. Nicht dagegen ist die Eventualmaxime, denn sie verpflichtet bloß zum gleichzeitigen Vorbringen aller Vertheidigungsmittel gegen einen existenten Angriff, aber nicht gegen einen noch nicht existenten. Natürlich kann aber der geführte Gegenbeweis nie eine schlimmere Wirkung für den Restitutionssucher haben, als Abweisung seines Gesuches.

Die richterliche Sentenz in der Restitutionssache hat nicht bloß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Restitution, sondern auch, im Falle sie für zulässig erkannt wird, die Wirkung derselben auf das frühere Erkenntniß zu entscheiden. Ueber die Appellation gegen jene Sentenz gelten die allgemeinen Grundsätze.

Suspensiveffect äußert das Restitutionsgesuch auf die Hauptsache nur dann, wenn es vor der Execution interponirt und genügend bescheinigt wird, und selbst in diesem Fall kann der Gegner nach V. O. vom 24 Sept. 1766 durch angemessene Realcaution den Suspensiveffect entfernen.

Die wegen Minderjährigkeit einem Litisconsorten ertheilte Restitution kommt den übrigen großjährigen Litisconsorten bloß dann zu Gute, wenn der Streit eine untheilbare Sache betrifft.

II. *Restitutio contra lapsum fatalium, aut termini præjudicialis.* Nach der Gerichtsordnung war die Restitution gegen die Versäumniß einer Frist oder eines Termins noch weit leichter zu erlangen, als die gegen ein rechtskräftiges Urtheil, denn es genügte dazu die Minderjährigkeit oder irgend eine andere rechtserhebliche Ursache, welche überdieß bloß bescheinigt zu seyn brauchte. Die Frist zur Anbringung des Restitutionsgesuches betrug so viele Zeit, als man bei Eintretung des Hindernisses zur Vornahme der versäumten Handlung noch gehabt hätte.

Durch die Novelle von 1837 ist indessen jene Restitution bedeutend erschwert worden. Dieses Gesetz bestimmt in §. 38 und 39: Gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann statt, wenn nachgewiesen wird, daß sowohl der Einhaltung der Frist oder des Termines, als der Stellung eines Gesuches um Verlängerung oder Verlegung eine rechtserhebliche Ursache im Wege gestanden sey, vorbehaltlich dessen, was im cod. jud. cap. VII. §. 10 verordnet ist.

Das Gesuch muß bei Strafe des Ausschlusses innerhalb einer unerstrecklichen Frist von 14 Tagen von der Zeit an, wo sich das Hinderniß gehoben hat, angebracht werden. Mit demselben ist unter dem nämlichen Rechtsnachtheile die versäumte Handlung zu verbinden.

Diese Bestimmungen finden auch auf die Minderjährigen und die denselben Gleichgestellten Anwendung, vorbehaltlich der ihnen nach den Civilgesetzen, dann nach der G. O. cap. XVI. §. 1 Nr. 2 Abs. 3 zustehenden Rechte.

Hiezu ist folgendes zu bemerken:

Die restitutio c. l. f., a. t. p. findet statt, wenn jemand unverschuldeter Weise eine Frist verstreichen ließ, oder einen Termin versäumte, es sey dieß vollständig, oder bloß bezüglich einzelner Handlungen geschehen, z. B. einer erst später entdeckten Einrede, eines nachträglich aufgefundenen Beweismittels. Ist die Frist resp. der Termin nicht wirklich versäumt, sondern bloß irrthümlicher Weise vom Richter als versäumt angenommen, so ist kein Restitutionsgesuch, sondern Remonstration, und falls diese nicht berücksichtigt wird, Verwahrung oder Berufung einzulegen. — Dagegen wird ein Restitutionsgesuch gegen eine Fristversäumung dadurch nicht ausgeschlossen, daß mit dem Contumacialausspruche sofort das Erkenntniß in der Haupt-

sache verbunden wurde, sofern nur letzteres noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

Als Restitutionsgrund erkennt die Novelle bloß eine rechtserhebliche Ursache an, welche der Einhaltung der Frist und der Bitte um Verlängerung entgegenstand. Eine rechtserhebliche Ursache ist aber nach der Verweisung auf §. 35 und 36 der Nov. bloß eine solche, welche auch ein drittes und ferneres Fristengesuch begründen würde, nämlich ein unverschuldetes Hinderniß, wodurch dem Imploranten das Handeln oder das Erscheinen bei der Verhandlung und in demselben Maße auch die Bestellung und Unterrichtung eines Bevollmächtigten; oder dem unterrichteten Bevollmächtigten das Handeln oder Erscheinen in Person oder auch durch einen Bevollmächtigten unmöglich gemacht; oder wodurch die Erlangung der erforderlichen Aufklärung, oder Beweismittel des angewandten größten Fleißes ungeachtet verzögert wurde. — Das Vorhandenseyn einer absoluten Unmöglichkeit ist nicht nothwendig, sondern es genügt, wenn den Imploranten nicht der Vorwurf einer *culpa* trifft, wenn er z. B. die Frist in Folge eines schuldlosen Irrthums, oder in Folge des zu späten Eintreffens einer rechtzeitig abgesendeten Schrift versäumte.

Ob die Frist durch die Partei selbst, oder ihren Anwalt versäumt wurde, ist gleich, die Nachlässigkeit des letzteren gewährt nie einen Restitutionsgrund. Nur dann, wenn der Proceß durch die Versäumniß verloren worden wäre, und die Partei wegen Insolvenz des Anwalts keinen Ersatz von ihm erhielte, könnte sie um rest. contra sententiam nachsuchen s. o. I, 3. — Auch für Minderjährige gelten obige Bestimmungen, nur können diese, wenn der Proceß wegen der Versäumniß verloren ging, schon aus dem Grunde der Minderjährigkeit Restitution gegen das Urtheil verlangen s. o. I, 2.

Das unverschuldete Hinderniß muß vollständig bewiesen werden, doch kann dieß durch alle Beweismittel, auch durch Zuschieben des Eides, falls der Gegner eignes gutes Wissen von der Sache hat, geschehen. Erbieten zum Eid reicht, wenn man nicht halben Beweis für sich hat, nicht hin, ausgenommen wenn neue Thatsachen oder Beweismittel im Wege der Restitution nachgetragen werden wollen, s. o. cap. XIII. §. 6 (Noveneid). Uebrigens genügt es nicht, den Eintritt des Hindernisses nachzuweisen, sondern es muß auch die Fortdauer desselben, resp. die rechtzeitige Anbringung des Restitutionsgesuchs bewiesen werden, denn die Fortdauer eines Factum wird nie präsumirt.

Das Restitutionsgesuch ist, wie bereits angegeben wurde, binnen 14 Tagen unerstrecklicher Frist von der Zeit an, wo das Hinderniß wegfiel (vergl. §. 36 der Nov. v. 1837), zu stellen. Hört das während des Laufes einer Frist eintretende Hinderniß noch während des Laufes derselben, aber doch so spät wieder auf, daß keine 14 Tage mehr bis zum Schluß der Frist sind, so braucht zwar auch das Restitutionsgesuch erst am 14ten Tage nach dem Wegfall des Hindernisses angebracht zu werden, konnte aber die Handlung noch während des Laufes der Frist vorgenommen werden, so fehlt es an der rechtserheblichen Ursache der Restitution, nämlich an der Unmöglichkeit der Vornahme innerhalb der Frist, und das Restitutionsgesuch ist daher als unbegründet abzuweisen.

Das Gesuch ist bei demjenigen Richter, bei welchem die versäumte Handlung vorzunehmen war, einzureichen und zu verhandeln. Findet der Richter dasselbe offenbar ungegründet, z. B. weil die versäumte Handlung nicht damit verbunden, oder weil die Frist verstrichen ist, so weist er es brevi manu ab. Außerdem wird es dem Gegner mitgetheilt, und derselbe unter Ansetzung einer kurzen Frist oder

in einem anzuberaumenden Termine, mit Androhung des Rechtsnachtheils, daß das Gesuch für bewilligt erachtet werden würde, darüber vernommen. Nur ausnahmsweise, wenn sich z. B. das Gesuch auf ein Notorium gründen würde, könnte auch brevi manu ohne Vernehmung des Gegners Restitution ertheilt werden.

Die Gewährung des Gesuches hat die Zulassung mit der präcludirten Handlung zur Folge.

§. 2.

Von dem remedio nullitatis.

Martin, §. 294, 295. Bayer, S. 668.

Jede Verletzung einer processualischen Vorschrift involvirt eine Nichtigkeit, welche indessen verschiedene Folgen hat, je nachdem sie zu den heilbaren oder unheilbaren gehört.

I. *Nullitas insanabilis.* Als Gründe unheilbarer Nichtigkeit führt die G. O. in gegenwärtigem Paragraphen bloß den Mangel der Citation und Jurisdiction auf. Indessen werden in cap. VII. §. 1 der Mangel der legitimatio ad processum und in cap. XIV. §. 11 Nro. 3 die Entscheidung contra rem judicatam ausdrücklich als solche bezeichnet, ihre Nichtaufführung an gegenwärtiger Stelle beruht deßhalb auf einem offenbaren Versehen.

1) Ein Mangel der Jurisdiction ist vorhanden, wenn die streitige Sache keine Civilproceßsache war, oder wenn sie von jemand verhandelt oder entschieden wurde, welcher keine Jurisdiction hatte (vrgl. Novelle von 1837 §. 9), oder keine Gerichtsbarkeit für Streitsachen fraglicher Art, oder wenn der Richter in concreto incompetent war; ferner wenn das Gericht nicht gehörig besetzt war, z. B. wenn es an collegialer Berathung fehlte, wo diese vorgeschrieben ist. Ist der Mangel der Incompetenz (im weiteren Sinne) vom Beklagten vorgeschützt, und vom

Richter diese Einrede im Wege des Urtheils verworfen worden, so erwächst letzteres in Rechtskraft und kann durch eine Nullitätsquerel nicht mehr angefochten werden. V. O. vom 22 Jun. 1813. Die Querel fällt natürlich auch dann weg, wenn der Richter durch Prorogation competent geworden ist; doch kann letztere nicht angenommen werden, wenn der Beklagte gar nicht erschienen ist (G. O. cap. I. §. 17, nicht dagegen ist G. O. cap. V. §. 9).

2) Ein Mangel der Citation ist vor Allem vorhanden, wenn eine Partei während eines ganzen Verfahrens nicht geladen wurde, z. B. während des Vorverfahrens, oder des Beweisverfahrens. Er ist aber auch dann vorhanden, wenn einer Partei nur die Antwort und somit die Vertheidigung auf ein thatsächliches Vorbringen des Gegners, worauf ihre Vernehmung wesentlich nothwendig war, abgeschnitten wurde, z. B. wenn der Kläger nicht zur Replik gegen wahre Einreden, der Product nicht zur Recognition einer Urkunde geladen wurde. Zwar kann er hier remonstriren, sich verwahren und nach Umständen appelliren, allein das kann auch der ohne alles Gehör verurtheilte Beklagte. Nur dann liegt kein Mangel der Citation vor, wenn einer Partei die Gelegenheit zur Vernehmlassung entzogen wird, wo diese für ihre Vertheidigung nicht unumgänglich nothwendig ist, z. B. zu bloßen Rechtsausführungen.

Gewissermaßen hieher gehört auch der Fall, wenn die Vertreter einer Person, welche nicht die Macht sich selbst zu vertreten hat, nicht citirt werden, sondern diese selbst, z. B. Bevormundete; auch hier ist unheilbare Nullität vorhanden, welche jedoch bloß der Bevormundete, nicht der Gegner geltend machen kann.

3) Inwieferne die fehlende legitimatio ad processum unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens bewirke s. o. cap. VII. §. 7.

4) Ist eine Sache durch rechtskräftiges richterliches Urtheil entschieden, so kann sie nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht noch einmal verhandelt und entschieden werden; geschieht es dennoch, so ist die zweite Verhandlung und Entscheidung nichtig. Dieß ist aber nicht der Fall, wenn die exceptio rei judicatae vorgeschützt und vom Richter als ungegründet verworfen wurde.

Ein mit unheilbarer Nullität behaftetes Urtheil erwächst nicht in Rechtskraft (in einem andern Sinn als G. O. cap. XIV. §. 11 pr., Nro. 1), sondern kann von dem Richter, der es gefällt hat, sowohl von Amtswegen, als auf Instanz der Parteien zurückgenommen werden. Außer dem Urtheil sind auch alle Verhandlungen nichtig, welche sich auf ein nichtiges Erkenntniß stützen, oder welche selbst unter einen der obigen Nullitätsgründe fallen. Stellt sich dieser Grund aus den Acten von selbst heraus, so muß ihn der Richter ex officio berücksichtigen, und darf das Urtheil nicht vollziehen. Außerdem kann der durch das nichtige Urtheil Beschwerte die Nullitätsklage auf Aufhebung desselben anstellen, oder der Vollstreckung die Einrede der Nullität entgegensetzen.

Die Nullitätsklage kann 30 Jahre lang bei dem Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefällt hat, sofern er nur competent, d. h. sofern er nur überhaupt ein Richter ist, oder bei dem nächst höheren Richter angestellt werden. Das Vorhandenseyn einer gewissen Summe ist dabei nicht nothwendig, wohl aber dann, wenn gegen das über die Nullitätsklage gefällte Erkenntniß appellirt wird. Die Verhandlung der Klage hat nichts Eigenthümliches.

Die Einrede der Nullität kann nicht bloß bei demjenigen Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefällt hat, sondern bei jedem, bei welchem dasselbe geltend gemacht werden will, also auch bei dem niedrigeren entgegen-

gesetzt werden. Auch diese Einrede dauert bloß 30 Jahre, vrgl. G. O. cap. VI. §. 10. Weder durch die Einrede, noch durch die Nullitätsklage wird die in der Hauptsache bereits eingeleitete Execution gehemmt (bis auf die Feilbietung der Executionsobjecte), sie müßten denn sofort bescheinigt werden, arg. G.O. cap. XVI. §. 1 Nro. 7.

II. *Nullitas sanabilis.* Alle übrigen Verletzungen einer processualischen Vorschrift durch den Richter außer den sub I. genannten begründen heilbare Nichtigkeit des Verfahrens, so weit es durch die Verletzung afficirt wird. Hieher gehören namentlich alle Verkürzungen einer Partei im rechtlichen Gehör außer den vorhin angegebenen Fällen, wie die unterlassene Aufforderung zur Duplik auf eine keine neuen Angriffe enthaltende Replik (vrgl. cap. VI. §. 13), die unterlassene Ladung zum Augenschein, zur Zeugenvernehmung, zur Eidesleistung des Gegners; ferner die Unterlassung des Sühneversuchs, der Belehrung auf die Folgen des Nichtantwortens u. s. w. Ungerechte Entscheidungen bewirken keine Nullität, sie mögen gegen Civil- oder Proceßgesetze verstoßen (doch ist der Unterschied zwischen heilbar nichtiger und ungerechter Sentenz nach dem gleich folgenden ohne praktische Bedeutung).

Ein mit solchen Nichtigkeiten behaftetes richterliches Decret wird indessen dadurch geheilt, daß dasselbe in Rechtskraft übergeht, und dieses geschieht, wenn die gewöhnlichen Rechtsmittel der Verwahrung und Berufung nicht dagegen ergriffen werden, denn das bayerische Recht kennt keine eigne querela nullitatis sanabilis. Ueber die Anwendung jener Rechtsmittel gegen nichtige Decrete und Urtheile gelten ganz die gewöhnlichen Vorschriften, namentlich muß bei der Berufung die summa appellabilis vorhanden seyn. Daß eine unzulässige Berufung nicht durch ihre Bezeichnung als Nichtigkeitsbeschwerde zulässig wird, folgt schon

daraus, daß es keine Nichtigkeitsbeschwerde wegen heilbarer Nullitäten (als eignes Rechtsmittel) gibt.

Ist es zweifelhaft, ob eine Nullität heilbar oder unheilbar sey (z. B. ob die Verkürzung des rechtlichen Gehörs in concreto unter Nro. 1 oder 2 falle), so ist für die Heilbarkeit zu entscheiden.

§. 3.

De syndicatu.

Martin, §. 67. Bayer, S. 174.

Die Syndicatsklage findet nach bayerischem Recht statt, wenn ein Richter durch ungerechtes oder schuldhaftes Verfahren in einer streitigen oder nichtstreitigen Rechtssache einer Person einen Schaden zugefügt hat, das Verfahren bestehe in der Vornahme einer schädlichen Handlung, oder in der schädlichen Unterlassung einer vorzunehmenden Handlung. Die Klage kann sowohl wegen dolus als culpa des Richters angestellt werden, nur darf diese culpa nicht in einer bloßen Ungeschicklichkeit, sondern sie muß in der Verletzung einer Sorgfalt und Aufmerksamkeit bestehen, wie man sie von jedem Richter verlangen kann. Das Rechtsmittel geht auf Ersatz des Schadens; das ungerechte Urtheil wird dadurch nicht umgestoßen, wenn nicht die Gegenpartei mit dem Richter colludirte. Ein Schaden ist aber nach den Anm. lit. d erst dann vorhanden, wenn man auf keine andere Weise Ersatz erhalten kann, die Klage ist daher subsidiär; konnte der Beschädigte den Verlust abwenden, z. B. durch Appellation, that es aber nicht, so cessirt die Klage.

§. 4.

Von dem recursu ad principem.

Martin, §. 309. Bayer, S. 176.

Ueber die querela protractae vel denegatae justitiae s. o. cap. I. §. 19. Sie wird beim höhern Gericht, gegen

das Oberappellationsgericht beim Justizministerium angestellt. Ueber die Unzulässigkeit der Cabinetsjustiz vergl. cap. III. §. 10.

§. 5.

Von unzulässigen remediis juris.

Alle andern von den früheren Communisten aufgestellten Rechtsmittel, wie die reductio ad arbitrium boni viri, denunciatio evangelica u. s. w., werden von der G. O. nicht nur für unzulässig erklärt, sondern auch ihr Ergreifen mit Strafe bedroht.

Siebenzehntes Capitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleich, Compromiß und das Loos, dann den Streitskosten und Schäden.

§. 1.

Von dem Vergleiche.

Der Vergleich ist eine Aufhebungsart von Obligationen, indem an die Stelle einer ungewissen eine gewisse gesetzt wird, und gehört in dieser Beziehung in das Civilrecht. Da er jedoch hauptsächlich als Mittel, einen Rechtsstreit zu beendigen, zur Anwendung kommt, so behandelt ihn auch die Gerichtsordnung. Indessen gelten die von ihr aufgestellten Grundsätze auch von solchen Vergleichen, welche vor dem Beginn eines Rechtsstreites abgeschlossen werden.

In Bezug auf die materiellen Erfordernisse stimmt die G. O. mit dem gemeinen Recht überein; sie verlangt zum Vergleich Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß der Parteien, Ungewißheit des Rechtsverhältnisses, und gegenseitiges Nachlassen eines Theiles der Ansprüche. Der Vergleich kann weder wegen Irrthums, noch wegen laesio enormis angefochten werden, nur Betrug, Zwang und Minderjährigkeit geben Restitutionsgründe ab. Doch faßt die G. O. den Vergleich mehr als eine Feststellung des Rechtsverhältnisses, denn als eine Novation auf; nur wenn beide Parteien ihn ausdrücklich als eine solche bezeichnen

(concludente Handlungen reichen nicht hin, Anm. lit. o), sollen die Folgen einer Novation eintreten.

Die wichtigste Abweichung vom gemeinen Recht liegt aber in der Form, welche die G. O. für den Vergleich vorschreibt. Sie bestimmt nämlich, daß derselbe vor Gericht zu Protokoll gegeben, oder zwischen Siegelmäßigen in siegelmäßiger Form (vrgl. V. U. Beil. VIII. §. 2) errichtet werden muß. Bei Vergleichen zwischen einem Siegelmäßigen und Unsiegelmäßigen muß die Urkunde des letzteren vor Gericht gefertigt werden. V. U. l. c. §. 4. Vergleiche über eine höhere Summe als 50 fl. mußten überdieß taxordnungsmäßig verbrieft werden; dieß ist indessen durch V. O. vom 5 Jan. 1802 (vrgl. auch Min. Rescr. vom 6 April 1837) dahin modificirt worden, daß die Taxen (selbst Protokollgebühren) bei allen Vergleichen über Summen von weniger als 1000 fl. nachgelassen, resp. nicht angesetzt werden.

Wird diese Form der Errichtung unterlassen, so ist der Vergleich vollkommen wirkungslos, und erzeugt für keine der Parteien irgend eine Verbindlichkeit (vrgl. o. cap. III. §. 7), er müßte denn ganz oder theilweise erfüllt seyn. Unter der letzteren Voraussetzung kann nicht bloß von dem, welcher erfüllte, sondern auch von dem Gegner ebenso aus dem Vergleiche geklagt werden, als wäre er in der gehörigen Form errichtet worden.

Weder einer Form noch einer Erfüllung bedürfen zu ihrer Gültigkeit solche Verträge, welche nach dem oben Angegebenen nicht unter die Kategorie der Vergleiche fallen, z. B. wenn bloß auf Einer Seite ein Theil der Forderung erlassen wird (Nachlaßverträge).

Wird ein Proceß durch einen gerichtlichen Vergleich beendigt, so kann aus dem bei den Acten befindlichen Vergleichsprotokoll auf Execution schon aus dem Grunde an-

getragen werden, weil dasselbe ein gerichtliches Geständniß des Gegners enthält (vrgl. o. cap. XII. §. 1 Nro. 1). Die Ansicht dagegen, daß auch auf einen gerichtlichen Vergleich, der vor dem Beginn eines Processes abgeschlossen wurde, sofort das Executionsverfahren eingeleitet werden könne, läßt sich weder aus der G. O., noch aus C. 20 C. de transact. (2. 4.) rechtfertigen, man müßte denn dasselbe auch von einem außergerichtlichen gültigen Vergleiche behaupten. Die Sache eignet sich vielmehr in solchen Fällen zur Einleitung des bedingten Mandatsprocesses.

§. 2.

Von Compromissen.

Der Begriff des Compromisses ist derselbe, wie im gemeinen Recht. Nach den Anm. lit. e ist der Vertrag strictissimae interpretationis; doch darf der Schiedsrichter nicht bloß außer der Hauptsache über die Nebensachen, wie Zinsen, Früchte, Schäden und Kosten, sondern auch über eine connexe Widerklage entscheiden. Die Verhandlung soll nach dem bayerischen Proceßrecht geschehen, selbst wenn der Schiedsrichter ein Nichtjurist ist, doch können die Parteien den rechtskräftigen Spruch nicht anfechten, wenn es nicht geschah.

Gegen den Spruch kann bei den ordentlichen Gerichten durch alle Instanzen hindurch appellirt werden, wobei die cap. XV. angegebenen Regeln gelten. Auf Execution des Spruches muß bei dem ordentlichen Richter angetragen werden; dieß kann aber erst geschehen, wenn der Spruch gerichtlich protokollirt, resp. bei Siegelmäßigen schriftlich errichtet worden ist.

§. 3.

Von dem Loose.

Durch das Loos soll der Streit nicht geendigt werden, außer wo die Parteien selbst dazu einwilligen, oder wenn es die Rechte speciell zulassen und verordnen. Einen solchen Fall s. o. cap. IV. §. 16.

§. 4.

Von Gerichtskosten und Schäden.

Martin, §. 39. Bayer, S. 69.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Gerichtskosten und Schäden. Zu den ersteren gehören nicht bloß die dem Gerichte zu erlegenden, wie Taxen, Stempel, Insinuationsgebühren, sondern alle aus den Acten ersichtlichen Kosten, namentlich neben den genannten auch die Gebühren für Zeugen, und die Deserviten für Advocaten (welche derselbe nicht bloß in fremden, sondern auch in eignen Streitsachen aufrechnen darf, Anm. lit. f; dasselbe ist einem Rechtskundigen, der sich selbst vertritt, zu gestatten). Unter Schäden oder außergerichtlichen Kosten werden die Auslagen und Entschädigungen für Reisen, Zehrung, Versäumnisse und dgl. verstanden, welche eines besondern Nachweises bedürfen.

Die Kosten im w. S. lassen sich nach ihrem Entstehungsgrund in die gewöhnlich bei jedem Proceß erwachsenden, und in die außerordentlichen, durch den Ungehorsam oder durch geflissentlich proceßverzögernde Anträge einer Partei erwachsenen Kosten eintheilen. Die beiden letztern hat immer die ungehorsame oder proceßverzögernde Partei zu tragen, und zwar hat der Richter sofort auf ihren Ersatz zu erkennen, wenn der Gegner darauf anträgt. Ist dieß unterblieben, so müssen sie wenigstens am Ende ausgeschieden und der veranlassenden Partei auferlegt werden. Nur dann wäre eine Ausnahme zu machen, wenn die Partei

am Ungehorsam völlig unschuldig war, z. B. wegen eines ihr Erscheinen verhindernden Ereignisses, hier trägt der Gegner seine Kosten als Zufall.

Die gewöhnlichen Proceßkosten dagegen hat in der Regel der unterliegende Theil zu tragen, selbst wenn der siegende Gegner während des ganzen Processes ungehorsam ausblieb (nur wird er natürlich in die durch den Ungehorsam verursachten Kosten verurtheilt). Bloß ausnahmsweise (G. O. Nr. 8) dürfen sie compensirt werden, so daß jeder Theil die von ihm bestrittenen Kosten selbst trägt, ohne von dem Gegner einen Ersatz verlangen zu können, nämlich wenn der unterliegende Theil redliche Ursache zum Streite hatte. Wann dieß der Fall sey, hat das vernünftige Ermessen des Richters zu entscheiden; die G. O. stellt dafür bloß folgende negative Regeln auf: es soll nicht leicht, d. h. nicht aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten, sondern nur bei dem Daseyn eines bestimmten Grundes geschehen. Der Richter soll sich bei Abwägung eines solchen Compensationsgrundes lediglich an das halten, was in den Acten enthalten, nicht was ihm aus Privatnachrichten bekannt ist. Es kommt weder auf die Person der streitenden Theile an, z. B. ob es Verwandte sind, oder sonst eine privilegirte Person wie der Fiscus; noch auf die Sache, ob es z. B. eine Scharwerksstreitigkeit ist, bei welcher die frühere Praxis nie zu compensiren pflegte; noch auf einen Zeitpunkt, z. B. die Litiscontestation, oder die Eröffnung der Zeugenaussagen, von wo an die ältere Praxis ebenfalls nicht compensirte; noch auf einen freiwilligen oder nothwendigen Eid, als wenn z. B. beim Erfüllungs- oder Reinigungseid immer compensirt werden müßte.

Dagegen sind es nach den Anm. lit. c gute Behelfe für den Unterliegenden, wenn er halben Beweis durch einen Zeugen oder außergerichtliches Geständniß des Gegners für

sich hatte (und etwa deßhalb nicht zum Erfüllungseid gelassen wurde, weil es an einem Erfordernisse desselben fehlte); wenn er von einem oder mehreren bekannten Rechtsgelehrten ein Gutachten für sich erhielt (nur muß gewiß seyn, daß er ihnen die Sache richtig angegeben hatte); wenn der Fall sehr zweifelhaft und verwickelt gewesen, z. B. wegen einer streitigen Rechtsfrage; wenn der Unterrichter für den in der obern Instanz Verurtheilten gesprochen hatte, sofern das Urtheil nicht offenbar ungerecht war; wenn der Unterliegende in einigen Punkten Recht erhält, soferne nur durch die Bestreitung dieser Punkte von Seite des Gegners die Kosten vermehrt wurden; wenn er in justa ignorantia versirte. Letzteres ist namentlich dann der Fall, wenn es sich um ein factum alienum handelt, sofern nämlich jemand zu seiner Vertheidigung ein solches Factum in gutem Glauben widerspricht, bis Gegner es bewiesen hat. Stützt man dagegen selbst einen Angriff auf ein fremdes Factum, ohne es beweisen zu können, so rechtfertigt sich die Kostencompensation nicht. Der Irrthum steht der Unwissenheit gleich (die gegentheilige Meinung der Anm. lit. c. sub f. entbehrt der Gesetzeskraft).

Ueberhaupt wird, wenn jemand wegen eines mit wenig Behelfen unterstützten Angriffes, welche der Gegner durch den Reinigungseid vernichtete, zurückgewiesen wird, sich Compensation nicht so leicht rechtfertigen lassen, als wenn der Gegner wegen des zum halben Beweise hinzugetretenen Erfüllungseides unterlag. Trat mala fides des Unterliegenden erweislich in einem gewissen Zeitpunkte ein, so können die Kosten bis dahin compensirt werden, in die von jenem Zeitpunkt an erwachsenen ist er zu verurtheilen.

Ueber die gewöhnlichen Kosten (im Gegensatz zu den durch Ungehorsam erwachsenen) ist erst im Endurtheil zu erkennen, welches übrigens auch ein Incidenterkenntniß seyn kann, sofern es sich um die durch den Incidentstreit erwachse-

nen Kosten handelt. Schweigt das Endurtheil von den Kosten, so gelten sie für compensirt; schweigte in Interlocut davon, so gilt der Ausspruch für suspendirt. Dasselbe ist der Fall, wenn ein oberrichterliches Erkenntniß über den Kostenpunkt in der Hauptsache schweigt; geschieht dieß hingegen bezüglich der Berufungskosten, so gelten diese immer für compensirt. Bei der Frage, wann die Berufungskosten zu compensiren seyen, kommen ganz die oben angegebenen Rücksichten zur Anwendung.

Die Gerichtskosten sollen im Enderkenntniß sogleich festgesetzt werden, deßhalb haben die Anwälte mit der letzten Schrift, oder spätestens 8 Tage nach der letzten mündlichen Verhandlung ihre Deservitenverzeichnisse bei Vermeidung von 1 Thlr. Strafe einzureichen; thun sie es nicht, so wird die Strafe erhoben, und höhere gedroht. V. O. vom 23 März 1813. Die eingereichten Expensare hat der Richter, ohne daß der Gegner darüber gehört wird, zu prüfen, und die Ansätze nach Billigkeit zu moderiren.

Die sogenannten Schäden werden nicht vor dem Enderkenntniß liquidirt, sondern wenn das Erkenntniß eine Partei zur Erstattung derselben verurtheilt (was allemal in der Verurtheilung zur K o st e n erstattung enthalten ist), so werden sie in einem summarischen Liquidationsverfahren festgesetzt. G. O. Nr. 7. Unnöthigerweise aufgewendete Kosten, z. B. diejenigen, welche die Verwendung eines entfernt wohnenden Advocaten (während ein solcher in der Nähe zu haben war,) verursacht hat, ist der Unterliegende zu ersetzen nicht schuldig.

Das Proceßgericht hat auch über die in Nebensachen, z. B. einer Litisdenunciation, Adcitation, einem Editionsgesuch gegen einen Dritten (sofern es einen Incidentstreit bildete,) und dgl. erwachsenen Kosten zu erkennen.

Achtzehntes Capitel.

Von der Execution.

§. 1.

Wann und wie die Execution erkannt werden soll.

Martin, §. 261 fg. Bayer, S. 692.

Die Execution hat zum Zwecke, eine richterliche Verurtheilung zum Vollzuge zu bringen, findet daher regelmäßig bloß gegen den Beklagten statt; nur hinsichtlich der Proceßkosten, in welche Kläger verurtheilt werden kann, greift auch gegen ihn die Execution Platz. Sie setzt ein verurtheilendes Erkenntniß voraus (doch kann sie auch auf ein gerichtliches Geständniß und einen gerichtlichen die Streitsache beendigenden Vergleich hin eingeleitet werden, s. o. cap. XII. §. 1 Nr. 1, cap. XVII. §. 1 a. E.), welches bereits in Rechtskraft in der Art erwachsen ist, daß das ordentliche Rechtsmittel der Appellation nicht mehr dagegen stattfindet. Die Fälle, in welchen eine ergriffene Berufung ausnahmsweise die Execution nicht hindert, s. o. cap. XV. §. 9 Nr. 2.

Umfaßte der Streit mehrere Forderungen, von welchen bereits eine oder die andere durch rechtskräftiges Erkenntniß oder Geständniß zur Execution reif ist, so wird diese nicht dadurch aufgehalten, daß der Proceß bezüglich der übrigen Forderungen noch schwebt. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn es sich um eine einzige Forderung handelt, von welcher bereits ein Theil auf die angegebene Art liquid ist.

Das Executionsverfahren wird nicht von Amtswegen eingeleitet (ausgenommen bezüglich der Sporteln und Proceßstrafen), sondern auf Antrag des siegenden Theils. Auf diesen Antrag hin wird zuerst ein Befehl an den Imploraten erlassen, den Imploranten bei Vermeidung der Execution zu befriedigen. Zur Befolgung dieses Befehles ist ihm, wenn es sich um die Herausgabe einer Sache oder sonst um ein Thun handelt, ein zwei-, drei- oder höchstens sechswöchentlicher Termin vorzustecken (natürlich, wenn nicht Gefahr auf dem Verzuge steht); handelt es sich um die Bezahlung einer Summe, so beträgt der Termin bei einer Forderung von höchstens 50 fl. 14 Tage, bei Forderungen über 50 fl. bis 200 fl. vier Wochen, bei größeren Forderungen sechs bis acht Wochen. Nov. v. 1819 §. 30 Abs. 2. Gar kein Termin wird vorgesteckt, wenn es sich um eine Unterlassung handelt.

Erst wenn der vorgesteckte Termin (abgesehen von dem zuletzt berührten Fall) abgelaufen ist, ohne daß Implorat den Imploranten befriedigt hat, wird die angedrohte Execution auf neues Anrufen des letzteren hin an dem ersteren vollzogen. Ueber die Art der Vollziehung s. die folgenden Paragraphen, namentlich §. 3.

§. 2.

Durch wen die Execution geschehen soll.

Martin, §. 263. Bayer, S. 705.

I. Die Execution wird in der Regel durch das Untergericht, bei welchem die Streitsache verhandelt wurde, vollzogen; nur in folgenden Fällen darf sie „aus eigner Gewalt" vollstreckt werden:

1) Die k. Rentämter dürfen gegen Unterthanen, welche liquide öffentliche Abgaben verweigern, sofort executivisch verfahren. Erhebt der Abgabspflichtige über

einen Rückstand Streit, welcher sich als Civilproceß vor die Gerichte eignet, so darf der Rentbeamte nach vorheriger Anfrage bei der Regierung K. d. F., und von daher erhaltener Weisung die streitige Abgabe während des Processes mit Vorbehalt der Rechte des Verpflichteten einfordern und beitreiben. Entsteht aus Verträgen zwischen dem Rentamte und einer Privatperson ein Streit, so darf die Regierung in Fällen, wo die Berichtigung der Rechnung und des festgesetzten Etats auf prompter Erfüllung der contractsmäßigen Verbindlichkeit beruht, nach vorheriger summarischer Vernehmung des Schuldners ein auf pflichtmäßige Recherchen gegründetes Liquidum festsetzen, und salvo regressu executivisch von ihm eintreiben. Grundherrliche Gefälle dürfen nur dann, wenn sie unstreitig sind, durch das Rentamt beigetrieben werden.

Die rentamtliche Execution geschieht nach fruchtloser Mahnung durch Absendung eines Strafboten, und wenn dieß nicht fruchtet durch Auspfändung. Mobilien versteigert das Rentamt selbst, zur Versteigerung von Immobilien muß das treffende Gericht requirirt werden. Ergibt sich während der Hülfsvollstreckung ein Concurs gegen den Debenten, so muß die ganze Sache dem Concursgericht überlassen, die rückständigen liquiden Abgaben müssen aber von diesem aus den ersten flüssig gewordenen Geldern der Masse abgetragen werden. Der Recurs gegen rentamtliche Executionsverfügungen geht an die Regierung K. d. F. Verordnungen vom 8 Nov. 1804, 7 März 1806, Rescr. vom 27 Febr. 1807.

2) Den Postämtern steht die executive Beitreibung unstreitiger Dienstforderungen, namentlich von Estaffettenzahlungen zu; der Recurs geht an die Generalpostdirection. V. O. vom 12 Dec. 1809, vom 16 Dec. 1813.

3) Stiftungs- und Gemeindeverwaltungen kommt in Hinsicht der Beitreibung liquider, nicht wider-

sprochener grundherrlicher Stiftungs- und Communalrenten das gutsherrliche Pfändungsrecht nach V. U. Beil. VI. §. 118—128 (s. sub. Nr. 4) zu, wenn sie dasselbe rechtmäßig hergebracht haben. Die Executionsbefugnisse rücksichtlich der Gemeindeumlagen richten sich nach Ges. v. 22 Jul. 1819 die Gemeindeumlagen betr. Art. XIII. Vrgl. Min. Entschl. vom 31 Oct. 1837 Nr. 126.

4) Gutsherren haben, abgesehen von der Gerichtsbarkeit, das Pfändungsrecht gegen ihre Grundholden wegen durchaus liquider Grundreichnisse, wenn sie jenes Recht vorher (vor 1808) rechtmäßig hergebracht hatten. Die näheren Bestimmungen s. V. U. Beil. VI. §. 118—128. — Gutsherren, welche nach dem Jahre 1831 ihre Gerichtsbarkeit abgetreten haben, dürfen von ihren bisherigen Gerichtshintersassen die liquiden Grundgefälle und andere unbestrittene aus der Gutsherrlichkeit entspringende Leistungen durch ihre Angestellten auf dieselbe Art beitreiben, wie die mit der Perception der Dominicalgefälle des Staates beauftragten kgl. Beamten, s. o. Nr. 1. Ges. v. 28 Dec. 1831 Art. 5.

II. Befindet sich die Person oder das Gut des Schuldners, woran die Execution vollstreckt werden soll, unter einem andern Gericht, als dem Proceßgericht, so ist jenes zur Vornahme der Execution zu requiriren. Das requirirte Gericht muß der Requisition unweigerlich nachkommen; eine Cognition in der Hauptsache steht ihm nicht zu, und selbst die ihm durch die G. O. eingeräumte Cognition über den modus executionis ist durch die Novelle von 1819 §. 30 und 31 weggefallen, da der Schuldner seine Einreden gegen diesen modus binnen 14 Tagen von Ertheilung des Zahlungsbefehles an bei Vermeidung des Ausschlusses bei dem Proceßgericht anzubringen, und dieses darüber zu entscheiden hat, weßhalb jene Einreden bei

Stellung der Requisition bereits erledigt sind. — Ueber die einem Gerichte, welches um Vollziehung der Execution an einem Hypothekenobject requirirt wird, obliegenden Pflichten vrgl. Hyp. Ges. §. 64. 81.

Requisitionen eines ausländischen Gerichts um Vollstreckung einer Execution gegen einen Inländer soll nach der G. O. von einem inländischen Gericht, wenn sich der Verurtheilte über Nichtigkeiten oder Ungerechtigkeiten mit Wahrscheinlichkeit beklagt, nur nach vorläufiger summarischer Einsicht der Hauptsache, zu welchem Behuf das Proceßgericht um Mittheilung der Acten anzugehen ist, entsprochen werden. Eine V. O. vom 2 Juni 1811 enthält folgende nähere Vorschriften:

Wenn ein inländisches Gericht von einem ausländischen, mit dessen Staate kein Jurisdictionsvertrag abgeschlossen ist, welcher etwas andres bestimmt, um Vollziehung eines Erkenntnisses an den in Bayern gelegenen Gütern des Verurtheilten (er sey In- oder Ausländer,) requirirt wird, so darf dieser Requisition bloß dann stattgegeben werden, wenn nachgewiesen ist,

1) daß das auswärtige Gericht zur Fällung des Erkenntnisses competent war. Als competent werden aber bloß anerkannt der Gerichtsstand des Wohnortes, der gelegenen Sache, des Arrestes, des Contractes oder der geführten Verwaltung;

2) daß im auswärtigen Staate selbst keine tauglichen oder hinreichenden Vollstreckungsmittel vorhanden sind;

3) daß keine diesseitigen Unterthanen sich mit Forderungen gemeldet haben, rücksichtlich welcher ihnen an den zur Vollstreckung des fremdrichterlichen Erkenntnisses angewiesenen Sachen ein gleiches oder vorzügliches Recht gesetzlich zusteht (nur bei Hypothekforderungen stehen sich In- und Ausländer gleich);

4) daß der auswärtige Staat gegen Erkenntnisse bayerischer Gerichte das Reciprocum beobachtet.

Die Requisition, oder das Gesuch, wenn der Sieger selbst um Execution anruft, ist bei dem Appellationsgerichte des Kreises anzubringen, innerhalb welches die Execution geschehen soll; das Urtheil ist im Original oder in beglaubigter Abschrift beizulegen. Das Appellationsgericht prüft, ob die oben aufgeführten Voraussetzungen vorhanden sind; insbesondre müssen, wenn es sich um Vollziehung der Execution an der Substanz unbeweglicher Güter handelt, die Hypothekargläubiger speciell, alle übrigen Gläubiger durch öffentliche Vorladung zur Geltendmachung ihrer Forderungen binnen einer präclusiven Frist aufgefordert werden. Bei Mobilien ist eine Edictalladung der inländischen Gläubiger nicht nöthig. — Meldet sich kein gleich oder mehr berechtigter Gläubiger, so wird, falls die übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, das betreffende Untergericht zur Vornahme der Execution committirt.

Die so eben angegebenen Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, wenn bei einem auswärtigen Gericht gegen einen Schuldner, welcher in Bayern Immobilien besitzt, ein Concurs anhängig ist. Die bayerischen Gläubiger brauchen sich nicht bei dem Concursgericht einzulassen, oder ihre Forderungen anzumelden, sondern können die Befriedigung derselben aus den Immobilien vor den bayerischen Gerichten verlangen, V. O. v. 2 Juni 1811 cit. §. 5.

Hinsichtlich beweglicher Sachen sind sie jedoch für den Fall eines Concurses modificirt durch die Prioritätsordnung vom 1 Juni 1822 §. 34, wonach über das in Bayern befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Unterthans, gegen welchen von den Gerichten seines Landes der Concurs eröffnet ist, ein Particularconcurs von den bayerischen Gerichten nur in Folge der Retorsion oder be-

sonderer Staatsverträge eingeleitet werden soll. — In diesem Fall können also bayerische Gläubiger zwar ebenfalls ihre Forderungen bei dem Gerichte, wo sich die Sache befindet, liquidiren, und Arrest impetriren, der Concurs mag im Ausland bereits eingeleitet seyn, oder nicht, allein bezüglich der Priorität muß die Forderung beim allgemeinen Concursgericht angemeldet werden, sie kommt daher bloß an der ihr durch das Prioritätserkenntniß angewiesenen Stelle zum Zuge.

III. Soll ein Erkenntniß gegen eine Militärperson mittelst Zwang an der Person, Auspfändung von Mobilien, oder Beschlagnahme der Gage exequirt werden, so ist hiezu die vorgesetzte Militärbehörde zu requiriren. Ges. v. 15 Aug. 1828 §. 7.

Landgerichtliche Urtheile gegen Hintersassen eines Patrimonialgerichts II. Cl. können letzterem zur Vollstreckung übertragen werden, wobei die vorzunehmende Handlung genau vorzuschreiben ist.

§. 3.

Von Sachen, woran die Execution vollbracht werden soll.

Martin, §. 262. 270. Bayer, S. 692.

Wird jemand zur Herausgabe einer Species verurtheilt, so wird ihm dieselbe, wenn er dem Zahlungsbefehl nicht nachkommt, von der Obrigkeit mit Gewalt genommen. Dasselbe geschieht in dem Falle, wenn jemand zur Herausgabe von Sachen einer gewissen Gattung verurtheilt ist, soferne sich Sachen der fraglichen Gattung in seinem Vermögen befinden. Ist dieß nicht der Fall, so liquidirt der Sieger sein Interesse, und es wird wie bei Geldschulden verfahren.

Geht das Urtheil auf ein Thun oder Unterlassen, so kann der Sieger, wenn der Besiegte dem Urtheil nicht

nachkommt, ebenfalls das Interesse liquidiren, oder er kann auf Drohung einer Geld=, Gefängniß= oder andern ergiebigen Strafe antragen, welche im Falle des Ungehorsams vollzogen, und an deren Stelle eine höhere gedroht wird.

Geht endlich die Forderung in Folge des Urtheils oder der nachträglichen Liquidation auf Geld, so findet nach Novelle von 1837 §. 71 fg. (wodurch die Bestimmungen der G. O. modificirt worden sind,) folgende Executionsordnung statt: Hat der Gläubiger ein Faustpfand, so muß er sich vor Allem an dieses halten, d. h. die Vollziehung der Execution an diesem verlangen. Außerdem hat er bei Verlust seines Vorschlagsrechts in seinem Gesuch um Execution, d. h. um Erlassung eines Zahlungsbefehls (s. o. §. 1) diejenigen Gegenstände vorzuschlagen, woraus er am schnellsten befriedigt werden kann. Unterläßt er den Vorschlag, so hat der Richter im Zahlungsbefehl das Executionsobject zu benennen. Der Schuldner ist berechtigt, in unerstreckter Frist von 14 Tagen von Zustellung des Zahlungsbefehles an gerechnet andere Executionsgegenstände vorzuschlagen. Findet gütliche Vereinigung der Parteien nicht statt, so hat das Gericht nach folgenden Regeln zu entscheiden:

a) Renten und Früchte, — sie mögen aus Dienstverhältnissen, aus angelegten Capitalien, aus Pachten, aus dem Obereigenthume u. s. w. fließen, — sollen vor dem Eigenthume (in weiterer Bedeutung, wonach es auch Forderungen umfaßt), deßgleichen vor dinglichen Rechten zur Vollstreckung gewählt werden;

b) nicht nutzbringendes, z. B. Gemälde, Kupferstiche, Bücher vor dem nutzbringenden, z. B. verzinslichen Obligationen, Feldern, Wiesen, Waldungen, Weinbergen;

c) bewegliches Eigenthum (wozu auch Forderungen gehören,) vor dem unbeweglichen;

d) das Entbehrliche vor dem Unentbehrlichen.

Die Entscheidung ist innerhalb 3 Tagen zu erlassen. Der Widerspruch des Schuldners ist bloß dann zu berücksichtigen, wenn durch die von ihm vorgeschlagenen Executionsmittel der Gläubiger ebenso schnell und sicher befriedigt wird, als durch die von letzterem oder vom Richter benannten. Im Zweifel ist auf das dem Gläubiger vortheilhaftere Executionsmittel zu erkennen.

Der Gläubiger kann für den Fall, daß das erste von ihm benannte Executionsmittel nicht hinreicht, eventuell mehrere vorschlagen, und der Schuldner hat binnen der 14tägigen Frist von Mittheilung des Zahlungsbefehles an auch seine Einwendungen gegen die eventuell vorgeschlagenen Mittel vorzubringen. Hat der Gläubiger von jener Befugniß nicht Gebrauch gemacht, so wird ihm, wenn sich das erstbenannte Executionsmittel als unzureichend herausstellte, überlassen, ein anderes zu benennen, dem Schuldner ist dann abermaliger 14tägiger Termin zum Vorbringen seiner Einwendungen gegen das neu vorgeschlagene Mittel vorzustecken.

Das Verfahren bei der Auspfändung an Mobilien (über Execution an Immobilien s. u. §. 7) ist nach Novelle von 1837 §. 74 — 77 folgendes:

Zur Vollziehung der Auspfändung wird ein mit einem schriftlichen Auspfändungsbefehle versehener Diener des Gerichts abgeordnet, welcher zwei volljährige, in derselben Gemeinde mit dem Schuldner wohnende, bei den kleinern Stadt- oder Marktgemeinden von dem Bürgermeister oder Ortsvorsteher, bei Stadtgemeinden erster und zweiter Classe aber von dem Districtsvorsteher zu benennende Zeugen (die sich dessen nicht weigern können,) beizuziehen hat. Deffnet

der Schuldner die Thüre nicht, so darf sie der Gerichts=diener nach vorheriger Herbeirufung des Gemeindevorstehers, oder in größern Städten eines Polizeibeamten öffnen lassen. Die Auspfändung wird in der Art vollzogen, daß eine im Werthe dem Betrag der Schuld nebst Kosten möglichst gleiche Anzahl von Gegenständen zu Gericht, oder in sichere Gewahr gebracht wird. Ist dieß nicht möglich, so werden sie mit dem (Privat=) Siegel des Gerichtsdieners und der Zeugen, wenn sie ein solches bei sich haben, versiegelt; geht auch dieß nicht an, so wird der Schuldner unter Strafandrohung vor einer Veräußerung des Executionsob=jects verwarnt. Die abgepfändeten Gegenstände werden verzeichnet, und das Verzeichniß von dem Schuldner, den Zeugen und den etwa beigerufenen obrigkeitlichen Personen unterschrieben. Dem Verzeichniß der Gegenstände ist auch ihr Werth beizufügen. Sind es nicht solche, welche einen Marktpreis haben, oder deren Werth jedermann bekannt ist, so wird dem Gerichtsdiener ein Schätzer beigegeben, welcher durch Uebereinkunft der Parteien, außerdem aber (wenn sie bis zum Tag der Auspfändung keinen benannt haben,) von dem Gerichte zu benennen ist. Das Verzeich=niß ist dem Gerichte zu übergeben, welches Abschrift davon dem Imploranten hinausschließt.

Die Execution an Forderungen geschieht auf die in der G. O. h. l. Nr. 5 vorgezeichnete Art, indem dem Schuldner des Verurtheilten aufgetragen wird, bei Vermei=dung doppelten Ersatzes nicht mehr an letzteren, sondern an den Sieger, oder das Gericht zu bezahlen. Ist ein Gläubiger in eine Forderung eingewiesen, so können außer dem Fall eines Concurses gleich oder besser berechtigte Gläu=biger nicht gleichzeitige Einweisung verlangen, es müßte denn nach vollständiger Befriedigung des eingewiesenen Gläu=

bigers noch ein Theil der Forderung übrig bleiben. Vergl. Plenarbeschluß ds O. A. G. vom 17 April 1844.

Finden sich keine hinlänglichen Executionsmittel, so kann der Gläubiger vom Schuldner den Manifestationseid verlangen, und im Falle der letztere seine Zahlungsunfähigkeit selbst verschuldet hat, auf Personalarrest antragen. Zu diesem Behuf muß er den Mangel anderer Executionsmittel und die verschuldete Zahlungsunfähigkeit bescheinigen, ferner muß er für den Unterhalt des Schuldners während des Arrestes sorgen. Die Dauer des letzteren liegt im vernünftigen Ermessen des Richters, nur darf er nicht in eine peinliche Strafe ausarten.

§. 4.

Sachen, worin die Execution nicht statt hat.

Martin, §. 270, 271. Bayer, S. 695.

Kindbetterinnen, Kranken oder sonst preßhaften Personen darf ihr Bett, Leinwand und was sie sonst unentbehrlich nothwendig haben, nicht abgenommen werden (G. O. Nr. 1). Soldaten, Landwehrmänner und Polizeisoldaten dürfen an Waffen und Montur nicht exequirt werden (V. O. vom 26 Jan. 1810; vom 18 Sept. 1813). Bauern und Handwerksleute sollen an ihrem Pfluge, Schiff und Geschirr, Handwerkszeug, oder Samen- und Speisegetreide; gebrödete Diener an ihrem Liedlohn; diejenigen, welche vom Studiren Profession machen, an ihren Büchern, endlich alle Andern an ihrer täglichen Kleidung so lange nicht exequirt werden, als noch von andern Mitteln etwas übrig ist (G. O. Nr. 2).

Besoldungen, Gagen, Pensionen und Quiescenzgehalte der unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten, Militärpersonen, öffentlichen Diener und Geistlichen, sie mögen aus Staats-, Stiftungs-, Gemeinde- oder was immer für

andern Cassen (z. B. gutsherrlichen) fließen, können nach Novelle von 1837 §. 73, wenn sie nicht über 500 fl. betragen, nur bis zu einem Fünftheil, wenn sie nicht über 1000 fl. betragen, nur bis zu einem Viertheil, bei noch höherem Betrag nur bis zu einem Drittheil Vollstreckungsmittel seyn, und dieses Maß darf niemals, selbst nicht mit Einwilligung des Schuldners, überschritten werden. Bei der Berechnung der Quoten wird bloß der Geld- und Naturalgehalt, nicht der Functionsgehalt berücksichtigt; bei Geistlichen geschieht sie mit Zugrundlegung der Fassion. Die nöthigen Erhebungen sind von Amtswegen zu pflegen. Außer dem Concurse kann ein später sich meldender Gläubiger gleichzeitige ratenmäßige Befriedigung aus den Gehaltsabzügen seines Schuldners gegen einen schon früher hierauf gerichtlich eingewiesenen Gläubiger nicht verlangen. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 17 April 1844. Uebrigens fällt die Beschränkung weg, wenn es sich um Alimente handelt, welche der Beamte u. s. w. seinen Angehörigen zu leisten hat.

Pensionen von Wittwen dürfen für die Schulden ihrer verstorbenen Ehemänner gar nicht, für ihre eignen bloß bis zu einem Drittheile angegriffen werden. V. O. von 14 Nov. 1793.

Gnadengelder aus dem Hofalmosenamte und wöchentliche Almosen sind der Execution nicht unterworfen, V. O. v. 2 Dec. 1784, v. 11 Juni 1790; ebensowenig darf vom Solde der Polizeisoldaten etwas abgezogen werden V. O. v. 18 Sept. 1813.

Einlagen in die Augsburger Sparcasse können nicht mit Beschlag belegt werden, Stat. v. 1 Jan. 1822, ebensowenig Bankscheine und Staatsobligationen au porteur, wenn ein Dritter redlicher Weise das Papier besitzt, V. O. v. 12 März 1817.

In Bezug auf Execution an Familienfideicommissen gelten die Bestimmungen der V. U. Beil. VII. §. 53—64; an Lehen die des Lehenedicts v. 7 Jul. 1808 §. 144—162.

§. 5.

Von der Execution gegen einen Dritten.

Martin, §. 264. Bayer, S. 708.

Wird gegen jemand auf den Grund eines Erkenntnisses um Execution nachgesucht, so muß dasselbe gegen ihn gerichtet seyn. Nur ausnahmsweise kann ein Erkenntniß auch gegen einen Dritten vollzogen werden. Die streitige Sache, welche dem Sieger in Folge einer dinglichen Klage zugesprochen wurde, kann nämlich einem dritten Besitzer im Wege der Execution abgenommen werden (G. O. h. l.):

1) wenn er dieselbe erst während des Streites, einerlei ob er von diesem wußte, oder nicht, an sich brachte. Doch fällt diese Ausnahme auch unter Nr. 3;

2) wenn er sie sonst mala fide inne hat;

3) wenn sich res judicata gemäß cap. XIV. §. 11 auf ihn erstreckt.

Keine Ausnahme ist die Zulässigkeit der Execution an dem Erben, welcher im Verhältniß zum Streite nicht als ein Dritter erscheint, gegen welchen deßhalb, soferne nur seine Erbenqualität gewiß ist, mit der Execution vorgefahren werden kann. Doch rechtfertigt sich die nochmalige Erlassung eines Zahlungsbefehles an ihn, wenn auch ein solcher bereits an seinen Erblasser ergangen war.

§. 6.

Von der Immission.

Martin, §. 262. Bayer, S. 697.

Zu den Executionsmitteln gehört auch die Einweisung eines Gläubigers in den Besitz eines dem Schuldner (bei Hypotheken auch einem Dritten) gehörigen unbeweglichen Gutes oder demselben gleichgeschätzten Rechts, bis seine Forderung aus den bezogenen Renten und Früchten getilgt ist. Der Gläubiger erlangt durch die Immission (welche durch einen Realact vorgenommen werden soll,) den durch die possessorischen Rechtsmittel geschützten Besitz (Anm. lit. b.), ferner das Recht, das Gut auf Abschlag seiner Forderung zu benützen, endlich nach der Prioritätsordnung v. 1 Jun. 1822 §. 23 Nr. 8 im Concurs das Vorzugsrecht der vierten Classe für seine Forderung.

Die Zuerkennung der Immission gewährt nach dem Hyp. Ges. §. 12 Nr. 12 einen gesetzlichen Titel zur Eintragung einer Hypothek. Dagegen haftet der Immittirte für die diligentia eines bonus paterfamilias, nicht bloß für lata culpa, wie die Anm. lit. c. irrthümlich behaupten.

Hatte der Immittirte keine Hypothek an der Sache, so muß er einem Hypothekargläubiger (von mehreren Hypothekargläubigern geht wieder der ältere vor), welcher Immission verlangt, weichen, selbst wenn er um die Immission vor dem letzteren nachsuchte und sie erhielt; ein gleichberechtigter Gläubiger kann Coimmission verlangen. Vergl. Hyp. Ges. §. 61.

§. 7.

Von der Subhastation, Licitation und Adjudication.

Martin, §. 271. Bayer, S. 696.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen der G. O. wurden bereits durch die Novelle von 1819 §. 31 — 33 abgeändert, durch die Novelle von 1837 aber fast ganz aufgehoben. Letztere enthält in den §§. 78 — 107 ausführliche Bestimmungen über das Verfahren bei der öffentlichen Versteigerung abgepfändeter Gegenstände, deren Inhalt im Wesentlichen folgender ist:

I. Bestehen die ausgepfändeten Gegenstände in Mobilien, so sind sie der öffentlichen Versteigerung auszusetzen und zwar

a) Vieh, Naturalien, gemeine, zu jedermanns Gebrauch dienende Geräthe u. dgl. innerhalb 10—14 Tagen;

b) seltene Geräthe, edlere Weine, Gegenstände von Gold und Silber u. dgl. innerhalb 14 Tagen bis zu 4 Wochen;

c) Kunstsachen, Edelsteine, Pferde von edler Art u. dgl. innerhalb 6 — 12 Wochen — nach der Auspfändung.

Alle übrigen Gegenstände sind nach ihrem Werth und ihrer Seltenheit in eine dieser drei Abtheilungen einzureihen.

Regelmäßig geschieht die Versteigerung in der Gemeinde, wo die Gegenstände abgepfändet wurden; doch kann der Schuldner verlangen, daß sie in einer andern Gemeinde vorgenommen werde, wo etwa eine größere Concurrenz von Käufern zu erwarten ist, nur muß er die Sachen auf seine Kosten dahin schaffen lassen.

Dasselbe Recht und dieselbe Verbindlichkeit hat der Gläubiger, wenn er bei etwaigem minderen Erlöse Verlust an seiner Forderung zu befürchten haben sollte. Im Fall des Zweifels hat das Gericht zu entscheiden. Die Versteis

gerung ist, wenn sie an dem Orte, wo sich der Gerichtssitz befindet, oder in größeren Städten geschieht, oder wenn die Forderung (soll wohl heißen: der Werth des zu versteigernden Gegenstandes) über 100 fl. beträgt, von dem Gerichte selbst, außerdem von dem Gemeindevorsteher vorzunehmen; die Parteien können sie indessen durch Uebereinkunft jedem Dritten übertragen.

Die Versteigerung ist im Voraus bekannt zu machen, und zwar:

a) im Falle a, oben (wenn Vieh, Naturalien u. s. w. versteigert werden,) wenigstens 6 Tage vor der Versteigerung in der Gemeinde, in welcher solche gehalten wird, und in drei benachbarten (unter mehreren gleichnahen in den drei größten) durch öffentlichen Anschlag. Diese Bekanntmachung in drei Nachbargemeinden fällt bei Versteigerungen in größern Städten weg;

b) im Fall b, wenigstens 10 Tage vorher im ganzen Gerichtsbezirke durch Anschlag in allen Gemeinden;

c) im Falle c, wenigstens 4 Wochen vorher im ganzen Kreise durch Anschlag im Gerichtslocal (einmaliges), Einrücken in das Kreisintelligenzblatt und in zwei öffentliche von den Parteien zu benennende Blätter.

An Sonn- und christlichen Feiertagen darf keine Versteigerung vorgenommen werden; auf jüdische Feiertage kann der Richter wegen der verminderten Concurrenz der Käufer Rücksicht nehmen.

Bei Gegenständen, welche ihrer Geringfügigkeit wegen nicht geschätzt sind, erfolgt der Zuschlag an den Meistbietenden unbedingt; — bei Gegenständen aber, welche geschätzt sind, oder einen Marktpreis haben, nur dann, wenn das Meistgebot mindestens drei Viertheile des Schätzungswerthes oder des Marktpreises erreicht.

Außerdem, oder wenn gar niemand etwas bietet, wird eine zweite Versteigerung anberaumt, und bei dieser werden die ausgepfändeten Gegenstände dem Bietenden unbedingt, oder wenn auch hier ein solcher nicht erscheint, dem Gläubiger um die Taxe (wenn er will; unter mehreren Gegenständen hat er die Wahl), so weit es erforderlich ist, zugeschlagen; den Ueberschuß der Taxe über die Forderung muß er herauszahlen. Gold und Silber dürfen niemals unter dem Bruchwerthe zugeschlagen werden.

Ist die zur Zahlung erforderliche Summe erreicht, so darf kein Gegenstand weiter versteigert werden. Ohne baare Zahlung darf der mit der Versteigerung Beauftragte bei eigener Haftung nichts abgeben. — Binnen drei Tagen nach der Beendigung der Versteigerung hat das Gericht die Auszahlung des Erlöses, nach vorher berichtigten Kosten, an den Gläubiger, und des allenfallsigen Ueberschusses an den Schuldner, zu bewirken.

In der Zwischenzeit von der Auspfändung bis zur Versteigerung steht es dem Schuldner in jedem Augenblicke frei, die ausgepfändeten Gegenstände durch Leistung der Zahlung auszulösen oder Sicherheit zu bestellen, insoweit diese von dem Gläubiger, oder wo mehrere Gläubiger sind, von deren Gesammtheit als genügend angenommen werden will. Dieses Auslösungsrecht dauert nicht bloß bis zum Beginn der Versteigerung, sondern bis zum erfolgten Zuschlag, denn wird der Gläubiger nach dem Beginn der Versteigerung vom Schuldner befriedigt, so ist nicht abzusehen, wem ein Recht auf die Versteigerung der abgepfändeten Gegenstände noch zustehen soll.

II. Wurde im Zahlungsbefehl dem Schuldner die Execution an Immobilien oder denselben gleichgeschätzten Rechten angedroht, so wird, wenn er weder dem Befehle nachkommt, noch eine gegründete Einwendung

gegen das Executionsobject binnen der gesetzlichen Frist von 14 Tagen vorbringt, auf neues Anrufen des Gläubigers hin der Verkauf des Gutes angeordnet, und durch dieses Decret zugleich dem Schuldner die Disposition darüber entzogen. Vor Allem ist der Werth des Executionsobjectes dadurch zu erheben, daß aus den Rechnungen wenigstens der letzten fünf Jahre, aus den allenfalls vorhandenen Grundbüchern, Forst-, Stift- und Gefällregistern, und aus andern dienlichen Behelfen von dem aufgestellten Verwalter oder einem andern Rechnungsverständigen unter Leitung des competenten Gerichts Guts- und Ertragsanschläge gefertigt werden. Wenn derlei Behelfe nicht vorhanden sind, oder die Betheiligten sich mit diesen Behelfen nicht zufrieden stellen (worüber sie sich binnen einer vorzusteckenden kurzen Frist zu erklären haben), so haben drei Sachverständige, wovon einen der Schuldner, den andern der Gläubiger und den dritten das Gericht zu benennen hat, den Werth nach dem zur Zeit der Schätzung laufenden Preise der Güter und Gerechtigkeiten zu bestimmen. Diese Schätzung richtet sich nicht nach der Instruction für Schätzungen in Hypothekensachen (selbst dann nicht, wenn ein Gut auf Andringen eines Hypothekargläubigers versteigert wird), sondern nach den o. cap. XII. §. 3 vorgetragenen Grundsätzen. Der Schätzung muß daher immer eine Besichtigung des Objects durch eine Gerichtscommission vorhergehen, ausgenommen wenn beide Parteien darauf verzichten. Differiren die Schätzer in den Summen, so wird das Mittel gezogen.

Der Gläubiger und der Schuldner sind berechtigt, bei der Aufnahme der Schätzung persönlich gegenwärtig zu seyn, sie können gegen die Werthserhebung oder gegen die Schätzer entweder sogleich am Schätzungstermine, oder höchstens in 8 Tagen nachher Erinnerungen machen; doch darf hiedurch das weitere Verfahren niemals aufgehalten

werden, noch gegen den hierüber gefaßten richterlichen Beschluß ein Rechtsmittel stattfinden. Wohl aber findet Verwahrung dagegen statt, welche nach Umständen mit dem Adjudicationsbescheide ausgeführt werden kann.

Nachdem der Werth erhoben ist, wird das Gut der öffentlichen Versteigerung unterstellt; sowohl der Selbstverkauf durch den Schuldner, als der Verkauf unter der Hand durch einen Curator (stille Gant) sind durch §. 88 und 89 der Novelle ausdrücklich aufgehoben. Die Versteigerung muß

a) wenn es sich von einzelnen Grundstücken handelt, wenigstens 3 Wochen vorher in der Gemeinde, wo sie liegen, und in drei, oder nach den Anträgen der (oder eines der) Betheiligten auch in mehreren benachbarten Gemeinden;

b) bei größeren Gütern und ganzen Anwesen, soferne sie den Werth von 1000 fl. nicht übersteigen, wenigstens 6 Wochen vorher im ganzen Gerichtsbezirke, und nach den Anträgen der Betheiligten in den angränzenden Gerichtsbezirken;

c) bei sehr ansehnlichen Gütern, Gutskörpern, Fabriken u. dgl. (d. h. eben bei allen Immobilien von einem höhern Werth als 1000 fl.) wenigstens 2 Monate vorher im Kreise bekannt gemacht werden. Den Hypothek- und den übrigen actenmäßig bekannten Gläubigern ist die Versteigerung besonders bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung geschieht auf dieselbe Weise, wie bei der Versteigerung von Mobilien; sie muß eine kurze Beschreibung des Gutes nach seinen Bestandtheilen, Rechten, und darauf liegenden Lasten, dann nach seiner Benützungsfähigkeit, ferner den Schätzungswerth oder den ausgemittelten Ertrag, und die Kaufbedingungen, welche für die Kauflustigen von besonderem Interesse sind, oder seyn können, enthalten.

Die genauere Beschreibung des Gutes, das Schätzungsprotokoll, der Ertragsdurchschnitt, die Guts- und Rentenrechnungen, die vorhandenen amtlichen Notizen über etwa anhängige Rechtsstreite u. s. w. sind in der Zwischenzeit von dem öffentlichen Ausschreiben bis zum Versteigerungstag den Kauflustigen bei dem Gerichte zur Einsicht offen liegen zu lassen.

Die Versteigerung selbst geschieht durch eine Gerichtscommission in der Gemeinde, wo das Gut gelegen ist, wenn nicht besondere Verhältnisse, oder die als gegründet befundenen Anträge der Betheiligten eine Ausnahme bewirken. Tag und Stunde des Anfangs der Versteigerung muß genau eingehalten werden. Dem Gerichte unbekannte Personen, und solche, gegen deren Zahlungsfähigkeit Zweifel obwalten, sind zur Steigerung nicht zuzulassen, wenn sie nicht bei der Tagsfahrt ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen. Weder der Schuldner darf mitsteigern, noch ein Mitglied der Gerichtscommission, letztere bei Vermeidung einer Strafe von 5 — 50 fl., und nach Umständen einer Disciplinarstrafe mit ihren Folgen. Der Gläubiger kann mitsteigern, erhält aber die Sache nie unter dem Taxwerth.

Wird kein Gebot mehr gelegt, so sind die Anwesenden noch dreimal, jedesmal nach einem Zwischenraum von nicht weniger als 2 Minuten zu befragen, ob niemand mehr ein höheres Gebot zu legen gemeint sey. Erfolgt auch auf die dritte Aufforderung kein höheres Gebot, so soll der Zuschlag geschehen, und die Tagfahrt beendigt werden.

In der Regel findet nur eine einzige Versteigerungstagfahrt statt. Wenn jedoch bei dieser gar kein Gebot erfolgt, oder nicht wenigstens der Schätzungswerth geboten wird, ist sowohl der Schuldner, als der mit einem Verlust bedrohte Gläubiger berechtigt, zu verlangen, daß das Gut nicht zugeschlagen, sondern eine zweite Versteigerung

längstens vier Wochen hinaus nach der ersten vorgenommen werde. Bei dieser erfolgt der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth, was schon vorher in der Ankündigung der Versteigerung ausdrücklich bekannt zu machen ist.

Erfolgt am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot, so wird das Gut dem Gläubiger um die Taxe zugeschlagen, sofern er es übernehmen will. Will er dieses nicht, so steht es ihm frei, auf Verpachtung des Gutes, oder auf Immission in dasselbe, oder auf Sequestration, oder auf neuerliche Feilbietung, jedoch auf seine Kosten den Antrag zu stellen. Sind in einem solchen Fall mehrere Gläubiger betheiligt, und es kommt eine gütliche Vereinigung rücksichtlich der Uebernahme des Gutes, oder dessen Verpachtung, oder der Immission in dasselbe, oder der Fortsetzung der Versteigerung nicht zu Stande, so ist, sofern ein anderes Mittel zur Befriedigung nicht vorhanden ist, dem Ablösungsrechte (jus delendi) stattzugeben. Vermöge dieses Rechtes darf der letzte Gläubiger das Gut gegen Bezahlung aller vorhergehenden übernehmen. Will er dieses nicht, so verliert er seinen Anspruch daran, und der nächst vorhergehende kann unter derselben Bedingung eintreten. Die Reihenfolge richtet sich nach der Prioritätsordnung; kommen die Gläubiger nicht gütlich darüber überein, so hat das Gericht sie durch Zwischenbescheid festzusetzen.

Der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt, wenn die Voraussetzungen desselben vorhanden sind, sogleich in der Tagfahrt. Die Gerichte müssen binnen längstens 14 Tagen dem Steigerer das förmliche Zuschlagsdecret, d. i. ein appellabler Bescheid, wodurch der versteigerte Gegenstand dem Meistbietenden unter den Kaufbedingungen zuerkannt wird, zustellen lassen. Die Versäumung jener Frist hat eine Ordnungsstrafe von 10 — 50 fl. für das Gericht zur Folge, aber nicht die weitere, daß der Steigerer vom

Kauf zurücktreten darf. Dagegen kann der Schuldner bis zum erfolgten Zuschlage den Kauf dadurch rückgängig machen, daß er entweder den oder die Gläubiger vollständig befriedigt und alle Kosten ersetzt, oder einen Käufer beibringt, welcher den oder die Gläubiger sogleich baar bezahlt, oder mit derselben allseitiger Einwilligung vollständig zu befriedigen übernimmt. Diese Befugniß steht ihm bloß bis zum erfolgten Zuschlage, nicht bis zur Eröffnung des Zuschlagdecrets zu, denn es ist kein Grund vorhanden, den an sich klaren Gesetzesworten einen Sinn beizulegen, der ihnen im Gesetze nirgends beigelegt ist. Ein Einstandsrecht der Adeligen findet nicht statt.

Jeder Gläubiger ist berechtigt, Versteigerung auf baare Bezahlung zu verlangen. Frist zur Zahlung des Kaufschillings oder Eintheilung der Zahlung in mehrere Fristen zu gestatten, hängt bloß von dem Willen des Gläubigers, oder im Falle mehrere Gläubiger vorhanden sind, von ihrer einstimmigen Willenserklärung ab. Erfolgt die Zahlung des Kaufschillings nicht innerhalb der in den Steigerungsbedingnissen festgesetzten Frist, oder wenn keine bedungen ist, längstens in 14 Tagen vom Tage der Eröffnung des Zuschlagdecrets an, oder in der von den Gläubigern nachträglich bewilligten Frist, so muß auf Anrufen des oder der Gläubiger eine weitere Versteigerungstagfahrt abgehalten werden, deren Kosten der erste Steigerer zu tragen, und wobei er für den Mindererlös zu haften hat. Der Mehrerlös kommt den Gläubigern resp. dem Schuldner zu Gute, ausgenommen wenn der Steigerer durch Creditirung des Kaufpreises und Tradition der Sache bereits Eigenthümer geworden war. Der in den Kaufbedingnissen festgesetzte Zahlungstag, oder außerdem längstens der vierzehnte Tag vom Tage der Eröffnung des Zuschlagdecrets an ist auch der Tag, an welchem der Schuldner das Gut bei Ver-

meidung der Exmission zu räumen hat. Diese Räumung des Gutes kann durch kein Rechtsmittel aufgehalten werden. Restitution gegen die rechtsgültig geschehene Adjudication findet nicht statt.

Ist das versteigerte Gut verhypothecirt, so konnte nach dem Hyothekengesetz §. 64 jeder betheiligte Hypothekargläubiger verlangen, daß, wenn der Schätzungswerth in der ersten und zweiten Versteigerungstagfahrt nicht erreicht wurde, noch eine dritte anberaumt werde, wobei das Gut unbedingt hingeschlagen wurde. Dieß ist durch Novelle von 1837 §. 92, 98 — 101 aufgehoben, indem, wenn ein Angebot erfolgt, nur zwei Versteigerungen vorgenommen werden dürfen. Dagegen ist die weitere Bestimmung des §. 64 cit. über das Einlösungsrecht der Hypothekargläubiger stehen geblieben.

Jeder Hyothekargläubiger nämlich, welcher durch den Zuschlag um das Meistgebot seine Forderung ganz oder zum Theil verlieren würde, kann verlangen, daß ihm das Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen werde; wollen mehrere Gläubiger dieses Recht ausüben, so geht zwar der spätere vor, muß aber die bessern Gläubiger vollständig befriedigen. Das Erbieten zur Einlösung muß innerhalb acht Tagen vom Tag der Versteigerung an gerechnet, bei Verlust des Rechts, vor Gericht geschehen, auch muß der sich dazu Erbietende sofort die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen. Wer die Frist versäumt, kann auch nicht Bezahlung seiner Forderung durch den nachstehenden, das Einlösungsrecht ausübenden Gläubiger verlangen, ausgenommen so weit das Meistgebot dazu hingereicht hätte.

Theils hierin unterscheidet sich dieses Einlösungsrecht von dem Ablösungsrecht (jus delendi, s. o.), wobei immer alle vorhergehenden Gläubiger vollständig befriedigt

werden müssen, theils in den Voraussetzungen, indem letzteres bloß dann stattfindet, wenn gar kein Gebot gelegt wurde (außer dem Concurse s. u. cap. XIX. §. 17), sich dagegen auf alle Gläubiger erstreckt, ersteres bloß von Hypothekargläubigern ausgeübt werden kann (auch hievon findet im Concurse eine Ausnahme statt s. u. l. c.), aber auch dann, wenn ein Gebot gelegt wurde. Nur darf dieses Gebot den Schätzungspreis nicht erreicht haben, auch kann das Einlösungsrecht erst nach der zweiten Versteigerung ausgeübt werden. Plen. Beschl. des O. A. G. vom 19 Mai 1847.

Das versteigerte Gut geht auf den Käufer frei von allen Hypotheken über, welche nicht als fortbestehend auf ihn überwiesen worden sind. Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß die Hypothekgläubiger aus dem Kaufpreise nach gesetzlicher Ordnung befriedigt, oder die noch nicht fälligen Forderungen auf der Sache belassen, oder nach Uebereinkunft der Betheiligten auf andre Weise versichert werden. Hyp. Ges. §. 81. Dienstbarkeiten und Reallasten bleiben auf dem Gut liegen, selbst wenn ihr Vorhandenseyn bei der Versteigerung nicht angezeigt wurde. G. O. h. l. Nro. 8.

Ueber das Verfahren bei Hypothekenzinsklagen (Novelle von 1837 §. 92) s. o. cap. V. §. 7.

§. 8.

Von den Exceptionen, wie auch von der Appellation, Intervention, Restitution und Nullitätseinwendung gegen die Execution.

Martin, §. 265, 269. Bayer, S. 709.

In der Executionsinstanz sind sämmtliche Einreden ausgeschlossen, welche in dem Hauptverfahren selbst hätten vorgebracht werden sollen und können. Zulässig sind

1) alle Einreden, welche sich auf das Executionsverfahren beziehen, z. B solche, welche gegen eine Verletzung

der bisher (§. 1 — 7) angegebenen Regeln gerichtet sind, welche die Legitimation zur Sache bestreiten, wenn ein Anderer als der Sieger auf Execution anträgt, oder gegen einen Andern, als den Besiegten darauf angetragen wird, die Einrede, daß der Inhalt des Erkenntnisses ein andrer sey, als ihn das Executionsgesuch, oder das die Execution verfügende Decret voraussetze, die Einrede einer die Execution hindernden Rechtswohlthat (§. 9 — 14) u. s. w.

2) Einreden, welche sich auf die Hauptsache selbst beziehen (G. O. h. l. Nro. 2), können bloß dann vorgeschützt werden, wenn sie erst in Erfahrung gebracht worden, in welchem Fall um restitutio contra sententiam nachgesucht werden muß, worüber alle o. cap. XVI. §. 1 Nro. I. vorgetragenen Grundsätze gelten, oder wenn sie erst nachträglich entstanden, z. B. durch Bezahlung der Schuld nach dem Urtheile.

Die Einreden gegen den modus exec. und die nachträglich entstandenen sind binnen 14 Tagen unerstrecklicher Frist von Mittheilung des Zahlungsbefehls an (sofern sie nicht später entstanden sind), bei Vermeidung des Ausschlusses vorzubringen, auch müssen diejenigen, die eines Beweises bedürfen, sofort durch Urkunden nachgewiesen werden. Sind sie offenbar ungegründet, so werden sie sogleich verworfen, außerdem wird naher Termin zur schlüssigen Verhandlung anberaumt, beide Theile dazu vorgeladen, und entweder sogleich, oder längstens binnen drei Tagen entschieden. Die Appellabilität dieses Erkenntnisses richtet sich nach den o. cap. XV. §. 3 Nro. I. a. E. vorgetragenen Grundsätzen, wozu überdieß cap. XV. §. 12 Nro. 8 zu vergleichen ist.

Die querela nullitatis insanabilis kann im Executionsverfahren angestellt werden, soferne die cap. XVI. §. 2 angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, z. B. gegen eine ohne Zahlungsbefehl und Executionsandrohung vorgenommene,

oder von einem incompetenten Richter verfügte Auspfändung. Eine gewisse Summe ist dabei nicht nothwendig; die Frist beträgt auch hier dreißig Jahre.

Ueber den Einfluß der Intervention, Appellation, eines Restitutionsgesuches und einer Nullitätsklage auf den Fortgang der Execution wurde bereits o. cap. VIII. §. 4, cap. XV. §. 9, cap. XVI. §. 1 und 2 gesprochen.

§. 9.

Von den Hülfsmitteln der Schuldner in der Execution.

Martin, §. 269. Bayer, S. 710.

Die in gegenwärtigem Paragraph der G. O. genannten, in den folgenden Paragraphen näher ausgeführten rechtlichen Hülfsmittel kommen bloß verunglückten und erbarmungswürdigen Schuldnern zu Gute. Dieß sind aber nicht überhaupt alle zahlungsunfähigen, sondern bloß die ohne ihr Verschulden durch Zufälle, welche nicht vorausgesehen, oder nicht abgewendet werden konnten, zahlungsunfähig gewordenen. Dieser Umstand muß von dem Schuldner, welcher ein Hülfsmittel in Anspruch nimmt, bescheinigt werden.

Zahlungsunfähig ist sowohl derjenige, welcher seine Gläubiger gar nicht, oder nicht vollständig zahlen kann, als auch derjenige, welcher sie vollständig nur durch Hingabe seines ganzen Vermögens, folglich nur mit seinem Ruin bezahlen kann. Auch dieser Umstand muß dargethan werden, doch reicht hiezu ein genauer und glaubwürdiger status activi et passivi hin. Auf Verlangen der Gläubiger hat überdieß der Schuldner den Manifestationseid zu schwören.

§. 10.

Von dem beneficio competentiae.

Der Schuldner kann zuweilen verlangen, daß ihm bei der Execution der zum standesgemäßen Leben unentbehrlich

nothwendige Unterhalt gelassen werde. Diese Wohlthat der Competenz wird

1) in gewissen Fällen durch das Verhältniß des Schuldners und Gläubigers begründet. In dieser Hinsicht haben sie Ascendenten und Descendenten gegen einander, ohne Unterschied zwischen ehelicher und außerehelicher Geburt; ferner Geschwister, Eheleute, die Ehe mag noch bestehen, oder getrennt seyn; ferner socii, die Societät mag eine universelle oder particuläre seyn (auch eine Beschränkung auf die actio pro socio läßt sich nach der G. O. nicht rechtfertigen), Verschwägerte sowohl in auf- als absteigender und in der Seitenlinie des ersten Grades;

2) in gewissen Fällen gründet sie sich auf eine Eigenschaft des Schuldners. In dieser Beziehung kommt das benef. comp. den Gemeinden, Kirchen und milden Stiftungen zu. Den Adeligen räumt es die V. U. Beil. VII. §. 53 nur noch hinsichtlich der Fideicommißfrüchte, welche für Allodialschulden in Anspruch genommen werden, ein;

3) wegen Beschaffenheit der Forderung kommt sie allen jenen zu, welche wegen einer bloßen Schenkung belangt werden.

Die Rechtswohlthat der Competenz kommt bloß dem Schuldner, nicht seinen Bürgen, oder Erben zu statten. Sie fällt weg, wenn er durch leichtsinnige Verschwendung seine Zahlungsunfähigkeit selbst verschuldete, ferner bei Forderungen aus einem dolosen Delict; hat er seine Zahlungsunfähigkeit nicht ganz, aber einigermaßen verschuldet, so wird das Competenzquantum verringert. Dieses Quantum richtet sich nach Stand, Bedürfniß, Arbeitsfähigkeit des Schuldners und nach den Vermögensverhältnissen des Gläubigers, im Zweifel geht das Interesse des letzteren vor. Die Frage, ob die übrigen Schulden (außer dem Concurse)

bei Berechnung jenes Quantum zuvor abzuziehen seyen, ist wie überhaupt die von der G. O. nicht berührten Fragen aus dem gemeinen Civilrecht zu beantworten (vergl. o. cap. IV. §. 2).

§. 11.

Von der datione in solutum.

Die G. O. räumt dem Schuldner nicht, wie das gemeine Recht, die Befugniß ein, den Gläubiger zur Annahme von Sachen statt baar Geld zu zwingen, wenn er sich letzteres nicht zu verschaffen vermag, sondern macht die datio in solutum von der Einwilligung des Gläubigers abhängig.

§. 12.

Von Eisenbriefen und moratoriis.

Moratorium ist das vom Landesherrn einem Schuldner ertheilte Privilegium, wodurch die Geltendmachung von Forderungen gegen ihn im Wege der Klage auf längere Zeit (höchstens 5 Jahre) suspendirt wird. Auf neue, nach der Ertheilung des Moratorium entstandene Forderungen erstreckt sich dasselbe nach der G. O. nicht, doch dürfte natürlich zur Bezahlung derselben nicht das Vermögen verwendet werden, woran den früheren Gläubigern für ihre Forderungen Sicherheit bestellt ist.

Das Gesuch um Ertheilung eines Moratorium ist beim Justizministerium einzureichen; mit demselben ist der Nachweis über das Vorhandenseyn der gesetzlichen Voraussetzungen zu verbinden. Diese Voraussetzungen sind aber folgende:

1) der Schuldner muß nicht im Stande seyn, seine sämmtlichen Gläubiger auf einmal zu befriedigen, ohne selbst dadurch zu Grunde zu gehen;

2) Er darf die Zahlungsunfähigkeit nicht selbst verschuldet haben;

3) es muß Wahrscheinlichkeit vorhanden seyn, daß er sich in wenigen Jahren erholen, und die Gläubiger vollständig werde befriedigen können.

Uebrigens sind die Bestimmungen der G. O. durch die Novelle von 1837 §. 70 letzter Abs. ausdrücklich beibehalten worden.

§. 13.

Von Fristen und Nachlässen, welche von den Gläubigern selbst, oder dem größern Theile derselben, oder von der Obrigkeit ex officio gemacht werden.

I. Bewilligt der Gläubiger selbst dem Schuldner eine Frist oder einen Nachlaß, so hat es dabei sein Bewenden. Nach der G. O. Nr. 3 und der Novelle von 1819 §. 29 durfte auch der Richter von Amtswegen Fristen bewilligen; dieß wurde jedoch durch die Novelle von 1837 §. 70 ausdrücklich aufgehoben. Eine Ausnahme enthält noch Hyp. Ges. §. 64 Abs. 4: „wenn ein Schuldner behauptet, daß der von Lasten freie Ertrag eines Jahres von dem hypothecirten Gute zur Zahlung der eingeklagten Schuld an Capital, Zinsen und Kosten hinreiche, und den Beweis durch unverdächtige Pachturkunden oder Wirthschaftsrechnungen, oder sonst auf der Stelle führt, und zugleich sich erbietet, den Gläubiger in diese Einkünfte einzuweisen, so muß das Executionsverfahren von dem Gerichte eingestellt, solches aber sogleich auf Anrufen des Gläubigers wieder fortgesetzt werden, wenn wider die Zahlung ein Einspruch geschieht, oder sonst ein Hinderniß dagegen eingelegt wird.“ Diese Bestimmung ist wohl analog auch in dem Falle anzuwenden, wenn ein Chirographargläubiger die Execution an einem unbeweglichen Gute beantragt.

II. Wenn die Mehrheit der Gläubiger dem Schuldner eine Zahlungsfrist oder einen Nachlaß bewilligt, so kann nach Novelle von 1837 §. 70 der mindere Theil der gleich oder weniger befreiten Gläubiger nur dann gezwungen werden, dieser Bewilligung auch hinsichtlich ihrer Forderungen beizutreten, wenn

1) der Schuldner einen genauen und glaubwürdigen, auf Verlangen der Gläubiger mit dem Manifestationseid zu bekräftigenden status activi et passivi übergibt, woraus hervorgeht, daß er nicht alle auf einmal, oder nicht alles bezahlen kann; wenn er ferner

2) bescheinigt (doch so, daß der Richter vollkommen überzeugt wird), daß er ohne alles eigne Verschulden lediglich durch unversehene oder nicht abzuwendende Zufälle zahlungsunfähig geworden sey, wenn sich endlich

3) kein Verdacht ergibt, der Schuldner wolle entfliehen, oder sein übriges Vermögen den Ansprüchen der Gläubiger entziehen, vielmehr wahrscheinliche Hoffnung vorhanden ist, daß dem Schuldner durch die Frist oder den Nachlaß werkthätig geholfen werde, ohne daß dadurch ein Gläubiger zu Grunde gerichtet wird.

Die Fristen sollen leidentlich, namentlich nicht mit der Creditoren allzugroßem Schaden über 5 Jahre hinaus verlängert werden. Erzwungene Nachlässe dürfen nicht so bedeutend seyn, daß der Schuldner dadurch im Besitz eines reichlichen Auskommens verbleibt; nur so viel soll ihm gelassen werden, als nöthig ist, ihn in häuslichen Ehren zu erhalten; will ihm die Mehrheit der Gläubiger mehr nachlassen, so bindet dieß die übrigen nicht. Erzwungene Nachlässe muß der Schuldner, wenn er in bessere Vermögensumstände kommt, nachzahlen, dagegen nicht freiwillig gewährte, sofern es nicht unter der ausdrücklichen Bedingung der Nachzahlung geschah.

Das Fristen- oder Nachlaßgesuch ist bei Gericht einzureichen, in demselben müssen die zur Prüfung, ob die o. sub 1 — 3 angegebenen Erfordernisse vorhanden seyen, nothwendigen Thatsachen angeführt und mit den gehörigen Belegen verbunden seyn. Findet der Richter, daß die Voraussetzungen eines Zwangsbeitritts mangeln, so weist er das Gesuch sofort ab; außerdem werden die vom Schuldner angegebenen, und die etwa nicht angegebenen, aber gerichtsbekannten Gläubiger auf eine Tagfahrt zur Erklärung über das Gesuch unter dem Präjudize geladen, daß von den nicht Erschienenen angenommen werden würde, sie träten dem Beschlusse der Mehrheit bei.

Am Termine selbst werden die Erschienenen zur Erklärung über das Gesuch aufgefordert. Geben sie demselben einstimmig statt, oder verweigern sie einstimmig die nachgesuchte Frist resp. den Nachlaß, so kann von einem Zwangsbeitritt keine Rede seyn; erklärt sich ein Theil dafür, ein Theil dagegen, so kommt es darauf an, auf welcher Seite die Majorität ist, und ob die übrigen Erfordernisse (1 — 3) vorhanden sind. Ueber letzteres hat der Richter von Amtswegen eine sorgfältige Untersuchung anzustellen, wobei er die vom Gesuchsteller vorgebrachten Belege, wie die etwa von den Gläubigern zur Begründung ihrer Weigerung angeführten Thatsachen, und die zu deren Nachweis beigebrachten Probmittel genau zu erwägen hat.

Die Mehrheit richtet sich nicht nach der Zahl der Gläubiger, sondern nach der Größe der Forderungen; nur wenn diese auf beiden Seiten gleich groß sind, hat das billige Ermessen des Richters zu entscheiden. Forderungen, welche der Schuldner läugnet, müssen wenigstens wahrscheinlich gemacht werden, um gezählt zu werden; Forderungen, welche er zugesteht, werden nicht berücksichtigt, wenn die Gläubiger bescheinigte Einwendungen dagegen vorbringen. Die Mehrheit gibt aber bloß dann den Ausschlag, wenn die Minder-

zahl aus gleich oder weniger bevorzugten Gläubigern besteht; es darf also zu jener kein einziger gezählt werden, welcher minder privilegirt ist, als irgend einer der Dissentienten. Die Frage über den Vorzug richtet sich nach der Prioritäts-ordnung, ist sie streitig, so wird sie durch den Richter entschieden.

Die Minderzahl braucht sich den Vergleich bloß dann gefallen zu lassen, wenn die derselben angehörenden Gläubiger ebensoviel, resp. ebenso bald bekommnen, als die Mehrzahl, es müßten denn einzelne Classen gemacht seyn, und in jeder dieser Classen die Majorität das Gesuch bewilligt haben.

Die gegen den Schuldner eingeleitete Execution wird durch ein eingereichtes Fristen- oder Nachlaßgesuch nur dann gehemmt, wenn es binnen 14 Tagen von Insinuation des Zahlungsbefehles an eingereicht wird und die oben angegebenen Erfordernisse an sich trägt. Ein später eingereichtes würde nur dann Sistirung der Execution bewirken, wenn damit Bescheinigung darüber verbunden würde, daß die Mehrheit der Gläubiger sich bereits für die Bewilligung erklärt hat.

Gegen die Gewährung des Gesuches können die dissentirenden Gläubiger appelliren, gegen die Verwerfung der Schuldner (nicht die zustimmenden Gläubiger), und zwar, die summa appellabilis vorausgesetzt zur ersten und zweiten Instanz, innerhalb 30 Tagen, einerlei ob das Fristen-, resp. Nachlaßgesuch bereits vor, oder erst nach angedrohter Execution eingereicht wurde. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 29 Oct. 1845.

§. 14.

Von der cessione bonorum.

Die cessio bonorum, bei welcher der Schuldner sein sämmtliches Vermögen seinen Gläubigern überläßt, damit

sie daraus ihre Befriedigung suchen, und überdieß eidlich angelobt, wenn er in bessere Vermögensumstände komme, das Fehlende nachzuzahlen, ist deßhalb eine Rechtswohlthat, weil der Schuldner an dem nach der Abtretung erworbenen Vermögen das beneficium competentiae hat. Auf die Gläubiger geht nicht das Eigenthum des abgetretenen Vermögens über, sondern bloß das Verkaufsrecht, weßhalb auch die Gefahr der Sache bis zum Verkaufe bei dem Schuldner bleibt. Wird später gegen ihn auf den Rest der Schuld geklagt, so muß bescheinigt werden, daß er wieder Vermögen besitze.

Neunzehntes Capitel.

Von dem Concursproceſſe.

§. 1.

Was und wie vielerlei der concursus creditorum ſey.

Martin, §. 321. Bayer, Concursproc., §. 1, 21.

Reicht das Vermögen eines Schuldners zur Befriedigung ſeiner ſämmtlichen Gläubiger nicht hin (concursus creditorum), ſo entſteht ein eigenthümliches gerichtliches Verfahren, welches die Vertheilung des Vermögens unter die einzelnen Gläubiger nach den geſetzlichen Beſtimmungen über die Priorität zum Zwecke hat, und Concursproceß, auch Edictal- oder Gantproceß genannt wird.

In der Regel umfaßt der Concurs das ganze Vermögen des Schuldners, und alle ſeine Gläubiger, iſt alſo Univerſalconcurs; es gibt aber auch Fälle, wo ein Vermögenstheil von der Maſſe abgeſondert wird, über welchen ein Particularconcurs entſteht. Ein ſolcher Particularconcurs findet nach der Prioritätsordnung vom 1 Jun. 1822 §. 8 in folgenden Fällen ſtatt:

1) bei Lehen rückſichtlich der Lehenſchulden,

2) bei Familienfideicommiſſen rückſichtlich der Fideicommißſchulden;

3) bei dem Ewiggelde;

4) bei Erbschaften in Ansehung der Legatarien und Erbschaftsgläubiger, wenn die Erbschaft entweder noch gar nicht angetreten, oder noch unvertheilt ist, deßgleichen wenn sie nach angetretener Erbschaft innerhalb eines Jahres die Absonderung gerichtlich verlangt haben, und erbschaftliche Stücke bei dem Erben noch in der Natur vorhanden sind;

5) wenn der Schuldner zu gleicher Zeit verschiedene Fabriken, Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen von der öffentlichen Behörde bewilligten Firmen betrieben hat; in diesem Falle können jene Gläubiger, welche nach Ausweis der Handelsbücher und Handelsbriefe ausschließend zu einem oder dem andern dieser Geschäfte Credit gegeben haben, auf Absonderung des dazu gehörigen Vermögens zu ihrer Befriedigung aus demselben antragen;

6) bei streng leibfälligen Gütern hinsichtlich der auf dem damit verbundenen Mobiliarvermögen versicherten Erbtheile der Miterben eines zeitigen Besitzers, nach deren Befriedigung erst dieses Mobiliarvermögen in den allgemeinen Concurs gezogen werden kann;

7) bei dem beweglichen Vermögen eines Ausländers in Folge der Retorsion, bei unbeweglichem auch ohne diese s. o. cap. XVIII. §. 2.

Den Gläubigern, welche aus dem abgesonderten Vermögen nicht vollständig befriedigt werden, bleibt ihr Anspruch an das übrige Vermögen vorbehalten, vorausgesetzt daß ihre Forderungen einen Anspruch wider den Gemeinschuldner hinsichtlich seines übrigen Vermögens begründen; sie können jedoch darauf das Vorzugsrecht, welches ihnen bei dem Particularconcurse zustand, nicht geltend machen.

Uebrigens gelten für den Particularconcurs im Ganzen dieselben Bestimmungen (namentlich auch über die Priorität der Gläubiger), wie für den Universalconcurs. Gewöhnlich kommt es zu jenem bloß dann, wenn ein

Universalconcurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet ist; in diesem Fall ist es möglich, daß das Particularvermögen zur vollständigen Befriedigung der besondern Gläubiger hinreicht, und noch einem Ueberschuß darbietet, welcher dem Schuldner resp. der allgemeinen Masse zufällt, sofern es die Eigenschaft eines Allodialvermögens an sich trägt (nur ist hier kein wahrer Particular concurs vorhanden). Allein absolut nothwendig ist jene Voraussetzung nicht, es läßt sich recht wohl ein Particularconcurs ohne Universalconcurs denken; doch kann dieß nur dann vorkommen, wenn das Particularvermögen zur vollständigen Befriedigung der besondern Gläubiger nicht hinreicht. Ist ein Universalconcurs eröffnet, so umfaßt die allgemeine Ladung auch diejenigen Gläubiger, welche auf einen Particularconcurs antragen können; außerdem findet auch beim Particularconcurs Edictalladung statt.

Einen von dem angegebenen verschiedenen Begriff verbindet die G. O. mit den Worten Particular- und Universalconcurs. Letzterer ist nach ihr dann vorhanden, wenn der Schuldner insolvent ist, ersterer dann, wenn er solvent ist, aber mehrere Gläubiger ihre Befriedigung aus Einem Executionsobject verlangen, welches nicht hinreicht, z. B. aus einem Hypothekenobject, aus einem Gehaltsabzug. In solchen Fällen findet weder eine Edictalcitation statt, noch ist überhaupt ein wahrer Concurs vorhanden; das Vorzugsrecht der collidirenden Gläubiger richtet sich nicht nach der Prioritätsordnung, sondern nach dem Hypothekengesetz, und nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Execution. Plenarbeschluß des O. A. G. vom 17 April 1844 s. o. cap. XVIII. §. 4, 6.

§. 2.

Forum concursus universalis et particularis.

Martin, §. 324. Bayer, C. P. §. 34.

Als Concursgericht ist dasjenige Gericht competent, unter welchem der Schuldner bei Einleitung des Concursverfahrens sein Domicil hat, er müßte denn notorisch den größeren Theil seiner Immobilien an einem andern Orte haben, in welchem Fall das forum rei sitae competent ist. Die Domicilsveränderung des Schuldners hat auf die Competenz keinen Einfluß, sobald die Concurssache einmal rechtshängig ist; dieß letztere ist aber der Fall, sobald auf Eröffnung des Concurses vom Schuldner selbst oder von einem Gläubiger angetragen, und vom Richter ein dem Antrage entsprechendes Decret erlassen worden ist. Durch das Einreichen eines Fristen- und Nachlaßgesuches, und durch die Verhandlung desselben (sog. Debitwesen) wird die Rechtshängigkeit des Concursverfahrens noch nicht begründet.

Beim Particularconcurs ist zu unterscheiden, ob bereits ein Universalconcurs eingeleitet ist, oder nicht. Im ersten Fall wird das forum concursus universalis auch für den Particularconcurs competent, ausgenommen beim Particularconcurs über das Vermögen eines Fremden, für welchen das forum rei sitae das competente ist, s. o. cap. XVIII. §. 2, und über ein mit Ewiggeldern belastetes Gut. Die Ewiggeldgläubiger brauchen sich nämlich nach §. 6 der P. O. weder in Ansehung der Capitalien, noch der davon zu entrichtenden jährlichen Gilten und Zinsen in den Universalconcurs einzulassen, sondern haben das Separationsrecht. Ist dagegen kein Universalconcurs eingeleitet, so gehört der Particularconcurs immer vor das forum rei sitae.

Die Generalhypothek und damit die Bestimmung sub Nr. 3. der G. O. h. l. ist durch das Hypothekengesetz §. 11 weggefallen. Für Geistliche (G. O. Nr. 5) gilt, abgesehen von ihrem privilegirten Forum (cap. I. §. 11) dasselbe, wie für Laien.

§. 3.

Anfang des Universalconcurses und wenn dazu geschritten werden kann?

Martin, §. 323. Bayer, C. P. §. 44 fg.

Der Universalconcurs wird eröffnet, wenn das Vermögen des Schuldners zur vollständigen Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger nicht hinreicht, oder wenn wenigstens Gefahr vorhanden ist, es werde bei längerem Zuwarten in Kurzem nicht mehr hinreichen. Um Gewißheit hierüber zu erhalten, geht dem Concurs in der Regel ein einleitendes gerichtliches Verfahren vorher, welches zum Zwecke hat, den Vermögens- und Schuldenstand des Gemeinschuldners auszumitteln. Dieses Verfahren wird entweder durch den Schuldner selbst veranlaßt, welcher sich für insolvent erklärt, oder durch einen oder mehrere Gläubiger, welche auf Eröffnung des Concurses gegen den Schuldner antragen. Daß der Richter auch von Amtswegen ein Concursverfahren einleiten könne und solle, wenn er bei der Execution eines Erkenntnisses bemerke, daß noch mehrere Gläubiger vorhanden seyen, für deren Befriedigung das nach der Execution übrig bleibende Vermögen des Schuldners nicht hinreichen würde, ist eine Behauptung, welche sich auch nach bayerischem Recht nicht begründen läßt. Die Bestimmungen der G. O. über den Concursproceß enthalten nichts von einer solchen Abweichung vom gemeinen Recht. Aus der bloßen Verpflichtung des Richters zur Adcitation (cap. VIII. §. 5) läßt sich aber die Einleitung eines

Concurses ex officio keineswegs rechtfertigen, denn es ist unzulässig, diese Verpflichtung auf eine solche die Verhandlungsmaxime in hohem Grade verletzende, überdieß zu unpraktischen Resultaten führende Weise auszudehnen.

1) Erklärt sich der Schuldner für insolvent, mit der Bitte, den Concurs gegen ihn zu eröffnen, so hat er ein genaues Verzeichniß seiner Activa und Passiva zu übergeben. Die in diesem Verzeichniß benannten Gläubiger sind auf eine Tagsfahrt vorzuladen, um sich darüber zu erklären, ob sie etwas gegen die Concurseröffnung einzuwenden haben, oder nicht, denn auch für sie hat der Concurs Nachtheile (vergl. u. §. 4). Erklären sie sich mit dem Antrag des Schuldners einverstanden, so wird ein Decret auf Eröffnung des Concurses erlassen; gleichzeitig damit werden die Edictalien ausgeschrieben. Bestreiten sie dagegen das Vorhandenseyn der Voraussetzungen eines Concurses, so haben sie zu bescheinigen, daß der Schuldner ohne Grund darauf anträgt (was zuweilen geschieht, um anhängige Executionen zu hemmen), soferne dieß nicht aus seiner Eingabe selbst hervorgeht. Gelingt ihnen der Nachweis, so wird der Antrag des Schuldners abgewiesen, im entgegengesetzten Fall wird der Concurs durch ein mit Entscheidungsgründen versehenes Erkenntniß eröffnet, gegen welches die Gläubiger appelliren können (s. u. §. 4); erst wenn dasselbe die Rechtskraft beschritten hat, sind die Edictalien auszuschreiben.

2) Dringen ein oder mehrere Gläubiger auf Concurs, so müssen sie die Voraussetzungen ihres Antrages, eine Forderung an den Schuldner und dessen Insolvenz, bescheinigen. Der Schuldner wird sodann aufgefordert, einen genauen status activi et passivi zu überreichen, und nachdem dieß geschehen, wird Tagfahrt zur summarischen Verhandlung der Sache anberaumt, zu welcher der Schuldner, die von ihm angegebenen und die übrigen gerichts-

bekannten Gläubiger geladen werden. Nach gepflogener Verhandlung wird, wenn der Schuldner oder ein Gläubiger der Concurseröffnung widerspricht, ein mit Entscheidungsgründen versehenes, appellables Erkenntniß erlassen, und falls dieses auf Concurseröffnung lautet, sobald es rechtskräftig geworden ist, mit Ausschreibung der Edictalien vorgefahren.

In allen diesen Fällen hat der Richter schon während des präparatorischen Verfahrens die gehörigen Vorkehrungen zu treffen, daß der Schuldner von seinem Vermögen nichts mehr zum Nachtheil der Gläubiger veräußere. Vor Allem ist dasselbe gerichtlich zu inventarisiren und zu schätzen; liegt der Verdacht einer dolosen Veräußerung nahe, so wird es überdieß obsignirt, oder zu Gerichtshanden genommen, oder einem aufzustellenden Verwalter übergeben; ist kein Verdacht vorhanden, so reicht bis zur wirklichen Concurseröffnung ein bloßes Veräußerungsverbot hin.

Sobald der Concurs rechtskräftig erkannt ist, wird dem Gemeinschuldner (Cridar) die Dispositionsbefugniß über sein Vermögen völlig entzogen, und daraus die Gantmasse gebildet, an welcher zwar dem Schuldner das Eigenthum verbleibt, weßhalb er auch die Gefahr trägt, woran er jedoch weder ein Recht der Detention, noch der Verwaltung und Nutznießung hat, da sie ausschließlich zur Befriedigung der Gläubiger bestimmt ist. Zur Gantmasse gehört alles Vermögen, was Gegenstand der Execution seyn kann, auch das vom Schuldner während des Concurses erst erworbene.

Anhängige Executionen sind bei Einleitung des Concursverfahrens einzustellen, sofern sie nicht auf eine andere als Vermögensleistung gerichtet sind.

§. 4.

Von der Citation und Ausschreibung der Edictstage.

Martin, §. 328. Bayer, C. P. §. 49.

Die Edictstage können erst ausgeschrieben werden, wenn das decretum de aperiundo concursu die Rechtskraft beschritten hat, ausgenommen wenn Gläubiger und Schuldner über die Eröffnung des Concurses einig sind (s. o. §. 3). Abgesehen von letzterem Fall können beide gegen das den Concurs verhängende Erkenntniß appelliren, denn auch das Interesse der Gläubiger ist dabei betheiligt, da sie durch den Concurs statt des Einen Schuldners sämmtliche Mitgläubiger zu Gegnern im Rechtsstreite bekommen, und mit der Befriedigung ihrer Forderung nicht selten weit länger warten müssen. Die Appellation muß nach Novelle von 1837 §. 110 binnen 8 Tagen angemeldet und nach §. 114 ib. binnen 30 Tagen ausgeführt werden, beides von Insinuation des Erkenntnisses an. Gegen das oberrichterliche Erkenntniß ist, selbst wenn es bestätigend ausfällt, Revision zulässig, welche binnen derselben Frist angemeldet und ausgeführt werden muß, wie die Appellation. Eine appellable Summe ist auf Seite des Schuldners nicht nöthig, wohl aber auf Seite der Gläubiger.

Die Edictstage werden durch Anschlag an der Gerichtstafel, und mehrmaliges Einrücken in mehrere öffentliche Blätter bekannt gemacht; ersteres ist vom Gesetz vorgeschrieben, daher unumgänglich nothwendig, letzteres ist zwar gerichtsgebräuchlich, aber nicht absolut nöthig. Nur wenn der Cridar notorisch mit Kaufleuten gewisser Handelsplätze Verkehr und Handel getrieben hat, müßten wenigstens der Obrigkeit dieser Orte die Edictalien zur Bekanntmachung mitgetheilt werden. Gerichtsbekannte (durch die Hypothekenbücher, Voracten, welche beim Concurse

immer zu adhibiren sind, Angabe des Schuldners, Requisition anderer Gerichte) Gläubiger sind durch Circularpatent speciell zu laden; die nicht Geladenen können nicht präcludirt werden, sie müßten denn am ersten Edictstag freiwillig gekommen seyn. Auch der Schuldner oder seine Erben sind speciell zu laden, da ersterer durch den Concurs von seinen Verbindlichkeiten gegen die Gläubiger nicht liberirt wird, folglich ein Interesse hat, daß keine unbegründeten Forderungen aus der Masse bezahlt werden.

Sämmtliche Edictstage sind auf einmal auszuschreiben; der erste ist auf 4 oder 6, bei größeren Concursen auf 8 oder 12 Wochen hinaus anzuberaumen (G. O. Nr. 3), zwischen den folgenden soll nach Novelle vom 9 August 1810 ein Zwischenraum von 30 Tagen liegen, der dritte für Replik und Duplik soll nach dieser Novelle in zwei binnen 15 Tagen auf einander folgende Tagsfahrten zerlegt werden. Bei der Ausschreibung ist der Rechtsnachtheil anzudrohen, daß das Nichterscheinen am ersten Edictstage den Ausschluß der Forderung, an den übrigen den der treffenden Handlung zur Folge habe. Wenn das Concursgericht vor der Edictalladung von dem Activ- und Passivstande des schuldnerischen Vermögens schon Kenntniß hat, so soll davon nach P. O. §. 32 in der Ladung ausdrückliche Erwähnung gemacht werden.

Die Edictstage sind nach dem Sinne des Gesetzes Tagsfahrten (termini *in quibus*), an welchen die Gläubiger erscheinen und die betreffende Handlung vornehmen müssen, wenn sie nicht damit ausgeschlossen werden wollen. Ist die Anzahl der Gläubiger so groß, daß der erste Kalendertag zur Vollendung der vorzunehmenden Handlung nicht hinreicht, so wird sie am zweiten, dritten und den nächstfolgenden Tagen so lange continuirt, bis von sämmtlichen Gläubigern, welche sich am ersten Tage gemeldet

haben, niemand mehr übrig ist. Es hat deßhalb jeder Gläubiger resp. sein Anwalt am ersten Tage zu erscheinen (Präsenz zu machen), und es wird ihm von der Gerichtscommission die Tageszeit und beiläufig die Stunde angewiesen, zu welcher er am ersten, zweiten u. s. f. Kalendertage die Händlung vorzunehmen habe. Kommt er zur festgesetzten Stunde nicht, sondern später, so wird er präcludirt, wenn bereits der letzte Gläubiger die treffende Handlung vorgenommen hat und die Tagsfahrt verstrichen ist; ist dieß nicht der Fall, so wird er zwar noch zugelassen, aber um 2 Thlr. gestraft. G. O. §. 5 Nr. 4, Adv. Ordn. von 1769 §. 12, V. O. vom 23 Oct. 1801, vom 14 Nov. 1812.

Gegen diesen Sinn des Gesetzes werden an vielen Gerichten nach einer constanten Praxis die Edictstage als Fristen (termini *ad quos*) betrachtet, wonach zwar der Gläubiger am ersten Tage kommen und Präsenz machen müsse, dagegen die ihn treffende Handlung innerhalb der Zeit bis zum nächsten Edictstage vornehmen könne. Diese Praxis stützt sich auf die V. O. vom 9 Aug. 1810, wonach der Termin des dritten Edictstages in zwei gleiche Perioden zur Abgabe der Repliken und Dupliken getheilt werden, und für die übrigen an den drei Edictstagen vorzunehmenden Verhandlungen 30 Tage in der Regel unabänderlich als terminus *ad quem* bleiben sollen. Allein bei dem bestimmten Widerspruch der neueren V. O. vom 14 Nov. 1812, wodurch die Gerichte nachdrücklichst angewiesen wurden, die G. O. cap. XIX. §. 5 Nr. 4 genau zu beobachten, und auf der continuirenden Verhandlung mit Nachdruck zu beharren, läßt sich jene Praxis nicht rechtfertigen.

Sämmtliche Vorträge der Gläubiger werden in ein fortlaufendes Protokoll aufgenommen (gewöhnlich werden

zwei Protokolle angelegt, eines für das Präsenzmachen, und eines für die treffende Handlung). Um mit dem Dictiren der Recesse nicht aufgehalten zu werden, können die Gläubiger ihre Vorträge in schriftlichen Recessen übergeben. Namentlich werden die Advocaten, wenn sie nicht am Orte des Concursgerichtes wohnen, durch Novelle von 1819 §. 34 angewiesen, zur Ersparung der Kosten, vorzüglich im ersten Edictstage und in Concursen, bei welchen eine größere Zahl der Gläubiger vorhanden ist, die Liquidation durch solche schriftliche Recesse zu machen; im Protokolle muß sich auf diese Recesse als Beilage bezogen, dabei aber jede Forderung nach ihrer Eigenschaft bemerkt und deren Betrag ausgeworfen werden. Die Frage, ob durch das Einsenden eines solchen schriftlichen Recesses am ersten Kalendertage die Verbindlichkeit zum persönlichen Präsenzmachen wegfalle, möchte nach dem Sinne des Gesetzes zu bejahen seyn, da dasselbe Ersparung bezweckt, während durch jene Verbindlichkeit den Gläubigern eine höchst unnöthige (häufig geschieht das Präsenzmachen durch einen Schreiber des Advocaten) Ausgabe erwachsen würde.

§. 5.

Von dem ersten Edictstage ad producendum et liquidandum.

Martin, §. 329. Bayer, C. P. §. 53.

Wer aus dem Vermögen des Schuldners seine Befriedigung sucht, muß sich in den Concurs einlassen, und am ersten Edictstag seine Forderung liquidiren; thut er es nicht, so verliert er zwar seine Forderung nicht (G. O. cap. XIX. §. 20 Nr. 3), aber den Anspruch auf Befriedigung derselben aus der Gantmasse. Diese Verbindlichkeit zur Anmeldung und Liquidation ist auch dann vorhanden, wenn die Forderung wegen einer noch nicht erfüllten Be-

dingung oder Zeitbestimmung noch nicht fällig ist, sie wird hier eventuell zugesprochen und locirt.

Wer aus dem Vermögen des Cridars seine Befriedigung nicht sucht, braucht sich auch in den Concurs nicht einzulassen. Hieher gehören namentlich die Separatisten, d. s. alle diejenigen, welche eine in der Gantmasse befindliche Sache als ihr Eigenthum vindiciren, sie sey beweglich oder unbeweglich, vertretbar (selbst baares Geld nicht ausgeschlossen) oder nicht. Vorausgesetzt wird dabei, daß sich die Sache beim Ausbruch des Concurses noch in Natur unter dem Vermögen des Gemeinschuldners befinde, und bei fungiblen Sache überdieß, daß sie mit seinen Sachen noch nicht vermischt sey. Das Separationsrecht findet daher nach dem soeben angegebenen Begriffe insbesondere statt

1) in Ansehung der Lehen und des zu einem Familienfideicommisse gehörenden, sowohl beweglichen als unbeweglichen Vermögens, wenn der Besitzer wegen Allodialschulden in Concurs gerathen ist;

2) in Ansehung derjenigen Sachen, welche dem Schuldner aus einem das Eigenthum nicht übertragenden Rechtstitel übergeben worden sind, worunter auch die in Commission, dann unter einem Trödelcontracte übergebenen Waaren vor Ablauf der zu deren Rückgabe bestimmten Zeit gerechnet werden;

3) in Ansehung desjenigen, was der Ehefrau eigenthümlich zusteht;

4) in Ansehung derjenigen Sachen, welche die Kinder des Gemeinschuldners von andern Personen geerbt, geschenkt erhalten, oder sonst eigenthümlich erworben haben;

5) in Ansehung desjenigen Vermögens, auf dessen Eigenthum dritte Personen aus einem bedingten oder künfti-

gen Rechte, z. B. aus einer fideicommissarischen Substitution, einen Anspruch haben.

Nach der Prioritätsordnung §. 3 fg. greift das Separationsrecht auch in folgenden Fällen Platz:

1) in Ansehung der dem Gemeinschuldner auf Credit zugeschickten Kaufmannswaaren, welche entweder noch in uneröffneten Päcken, Fässern oder Umschlägen in dem Gewahrsam des Gemeinschuldners gefunden werden, oder erst nach erklärter Insolvenz bei ihm angekommen sind;

2) in Ansehung der in Geld oder Obligationen gestellten Amtscautionen, wegen aller aus der Amtsführung oder Verwaltung entspringenden Forderungen gegen Beamte oder Verwalter.

3) Oeffentliche, vom Staat bestätigte Leih- oder Creditanstalten sind befugt, sich zur vollständigen Bezahlung des vorgeliehenen Capitals sammt Zinsen an die ihnen zum Pfand übergebenen Sachen nach den Ordnungen dieser Anstalten zu halten.

4) Wenn der Gemeinschuldner mit andern Personen in Beziehung auf ein Gewerbe, eine Fabrik oder ein Handelsgeschäft in Gesellschaft gestanden ist, und dessen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft zur Concursmasse abgefordert wird, so kann die Gesellschaft kraft des Separationsrechtes hievon den Antheil des Gemeinschuldners an den Passivschulden derselben vorher in Abzug bringen. — Dieß kann indessen jeder Schuldner des Cridars, welcher gegen ihn eine vor dem Concurs entstandene compensable Gegenforderung hat.

5) Das Separationsrecht steht ferner dem Ewiggeld der Stadt München, jedoch mit gewisser Beschränkung rücksichtlich älterer Gilten (P. O. §. 6) zu.

Lassen sich Separatisten in den Concurs ein, es geschehe mit oder ohne Protestation, so vergeben sie zwar

ihrem Separationsrecht dadurch nichts, allein sie müssen sich den Formen des Concursprocesses unterwerfen, z. B. den Beweis sofort mit der Vindication antreten, und es wird im Prioritätserkenntniß mit rechtlicher Wirksamkeit über ihren Anspruch entschieden. Liquidiren sie eventuell für den Fall, daß der von ihnen in Anspruch genommene Gegenstand nicht mehr bei der Masse vorhanden seyn sollte, den Werth desselben, dann müssen sie sich natürlich mit dieser eventuellen Liquidation in den Concurs einlassen.

Es gibt aber auch Personen, welche sich nicht in den Concurs einzulassen brauchen, obgleich sie ihre Befriedigung aus der Gantmasse verlangen. Dieß sind diejenigen, welche für die Erhaltung, Aufbewahrung, Benützung, Veräußerung oder Verwaltung der zur Concursmasse gehörigen Sachen nach Anordnung des Gerichtes, oder der aufgestellten Massecuratoren Vorschüsse gemacht, Dienste geleistet, oder sonst Credit gegeben haben. 'Ob es im präparatorischen Verfahren, oder erst nach Eröffnung des Concurses geschehen sey, ist gleichgültig. — Die laufenden Staats- und grundherrlichen Abgaben, die Beerdigungskosten des Cridar und Alimentationsansprüche an die Masse müssen liquidirt werden. P. O. §. 12.

Ueber die Form der Liquidation s. den vorigen §.

§. 6.

Von dem zweiten Edictstage ad excipiendum.

Martin, §. 331. Bayer, C. P. §. 58.

Die Function eines Contradictor wird nach bayerischem Recht von den Gläubigern selbst ausgeübt (ausgenommen, wo die Aufstellung eines solchen früherhin gebräuchlich war); neben den Gläubigern kann auch der Schuldner excipiren, und seine vorgebrachten Exceptionen kommen jenen zu

Gute. Ueber die Nothwendigkeit speciellen Widerspruches vrgl. u. §. 10.

Das Geständniß des Cridar macht im Concurse keinen Beweis, wenn es erst nach erregtem Concurse (die amtlichen Ausgaben von 1810 an haben dieß in die Worte „nach eröffnetem Concurse" umgeändert, ohne daß dadurch der frühere Sinn der Stelle abgeändert werden sollte,) abgelegt wird. Erregt wird aber der Concurs unter anderm namentlich durch die Insolvenzerklärung des Schuldners, deßhalb kann das mit dieser abgegebene Gläubigerverzeichniß nicht als Beweismittel benützt werden, es müßten denn noch andere erhebliche Beweismittel dazu kommen.

Die von einem Gläubiger vorgeschützte Einrede nützt in der Regel auch dem Schuldner und sämmtlichen Mitgläubigern, ausgenommen wenn sie sich auf die Priorität bezieht, in welchem Fall sie zuweilen nur dem sie vorschützenden (wenn sie sich auf einen mit dem Gegner abgeschlossenen Vertrag gründet), oder einer Classe von Gläubigern zu Gute kommt. Vrgl. Anm. lit. c.

§. 7.

Von dem dritten Edictstage ad concludendum.

Martin, l. c. Bayer, C. P. §. 60.

Daß der dritte Edictstag nach Novelle vom 9 Aug. 1810 in zwei kürzer auf einander folgende Tagfahrten zur Abgabe der Replik und Duplik zerlegt werde, wurde bereits o. §. 4 angegeben. Auch für diese Tagfahrten gilt die Bestimmung der Novelle von 1837 §. 19, wonach die von den Gegnern vorgebrachten Thatsachen speciell widersprochen werden müssen, widrigenfalls sie für zugestanden gelten.

§. 8.

Von der Legitimation bei dem Concurse.

Wenn es bei einer liquidirten Forderung am Legitimationspunkte (ad causam oder ad processum) mangelt, und vom Schuldner oder den Gläubigern eine Einwendung dagegen gemacht worden ist, so wird die Forderung nach Nov. v. 1819 §. 36 nicht mehr präcludirt, sondern im Prioritätsurtheile an der gebührenden Stelle mit Auflage der noch innerhalb eines präclusiven Termins von 30 Tagen beizubringenden oder zu verbessernden Legitimation locirt. Dieser Termin ist nach Novelle von 1837 §. 113 unerstrecklich. Die Ergänzung ist den interessirten Gläubigern (d. s. alle dem Liquidanten nachgehenden, oder gleichheitlich mit ihm zum Zuge kommenden) zur Erklärung mitzutheilen, und wenn sie Einwendungen dagegen vorbringen, nachträglich darüber zu entscheiden.

§. 9.

Von der Caution, Reconvention, und Communication, dann der contumacia und den Terminen.

Bayer, C. P. §. 56.

Daß auch von einem Ausländer im Concurse keine Caution verlangt werden könne, s. o. cap. VIII. §. 5.

Die ausgeschriebenen Edictstage dürfen nicht mehr abgeändert werden; dadurch wird indessen die Ertheilung einer Frist für einen oder den andern Gläubiger, welcher am ersten Kalendertage eines Edictstages die vorzunehmende Handlung wegen eines bescheinigten Hindernisses nicht, oder nicht vollständig vornehmen kann, bis zum nächsten Edictstage nicht ausgeschlossen. Wo freilich die Edictstage als termini ad quos betrachtet werden (s. o. §. 4), da bedarf es dieser Fristverlängerung nicht.

Einer Ungehorsamsbeschuldigung und eines Contumacialerkenntnisses bedarf es nach Nr. 2 der G. O. im Concurse ebensowenig als eines Nachweises darüber, daß die gerichtsunbekannten Gläubiger die öffentliche Ausschreibung der Edictalien in Erfahrung gebracht haben. Sollen dagegen gerichtsbekannte Gläubiger ausgeschlossen werden, so muß ein Nachweis über die richtig geschehene Ladung (cap. V. §. 8) zu den Acten gebracht werden.

§. 10.

Von dem Beweis überhaupt und insonderheit durch die Gezeugschaft.

Bayer, C. P. §. 61.

Wer im Concurse einen Anspruch geltend macht, muß seine sämmtlichen Beweismittel, welche sich auf die Liquidität oder Priorität desselben beziehen, am ersten Edictstag mit der Liquidation übergeben. Widerspricht weder der Schuldner noch ein Gläubiger am zweiten Edictstag die Forderung, so bedarf es keiner Instruction der übergebenen Beweismittel, sondern die Forderung gilt als zugestanden, daher schadet auch in diesem Fall die unterlassene Uebergabe von Beweismitteln nicht. Widerspricht dagegen der Schuldner oder ein Gläubiger die Forderung, so ist der Beweis in der vom Gesetze vorgeschriebenen Art zu instruiren; wurde kein Beweis darüber angetreten, so fällt die Forderung als unbewiesen aus der Gant, es müßten denn Beweismittel erst später aufgefunden worden seyn, in welchem Fall gegen Ableistung des Noveneides Restitution eintritt.

Was von Liquidation einer Forderung gilt, gilt auch von den gegen sie vorgeschützten Einreden; der Beweis derselben muß am zweiten Edictstage sofort angetreten werden, widrigenfalls sie unberücksichtigt bleiben, Kläger müßte sie denn am dritten Edictstage nicht widersprochen haben.

Zwar soll man mit dem Beweis der Einreden nach G. O. h. l. Nr. 8 an die Edictstage nicht so genau gebunden seyn, allein dieß heißt wohl bloß so viel, der Richter darf dem Excipienten die Frist zur Beibringung seiner Beweismittel auch ohne ein bescheinigtes Hinderniß bis zum dritten Edictstag verlängern, nur muß derselbe ausdrücklich darum nachsuchen. Das Gesagte gilt analog von Repliken.

Sind Zeugen als Beweismittel vorgeschlagen, so werden sie nach dem zweiten Edictstage vernommen, wobei die Vorschriften der Nov. von 1837 §. 46 fg. (s. o. cap. X. §. 16) zur Anwendung kommen. Responsionen (G. O. Nr. 4) finden nicht mehr statt Nov. v. 1819 §. 11, von 1837 §. 109. Nach geschlossener Vernehmung wird den Interessenten überlassen, binnen 30 Tagen Deductionen abzugeben.

§. 11.

Von dem Beweise durch Documente.

Bayer, C. P. l. c.

Urkunden, welche im Concurse als Beweismittel benützt werden wollen, müssen regelmäßig am ersten Edictstag vorgelegt werden, ausgenommen in den G. O. §. 10 Nr. 7 aufgeführten Fällen, nämlich wenn das Vorhandenseyn der Urkunde erst später entdeckt wurde, wenn durch sie eine Exception oder Replik bewiesen werden will und „in dergleichen Fällen", wozu namentlich gehört, wenn man die Urkunde erst später erhält, z. B. in Folge eines Editionsgesuches.

Die Urkunden müssen in forma probante, d. h. im Original, oder in einer nach Vorschrift der G. O. cap. XI. §. 4 gefertigten Abschrift übergeben werden, doch genügt bei Hypothekenforderungen (welche gemäß Hyp. Ges. §. 118 ausdrücklich unter Bezug auf den Inhalt des Hypothekens-

buches liquidirt werden müssen,) ein beglaubigter Hypotheken-
buchsextract, bei Handelsbüchern ein beglaubigter Handels-
buchsextract mit dem Erbieten, das Handelsbuch selbst am
forum domicilii zu produciren. Bei der Bezugnahme auf
Gerichtsacten müssen die einzelnen Actenstücke genau bezeich-
net werden, sofern man sich nicht auf den ganzen Act be-
ruft, auch muß um Vorlage der Acten auf den Ganttisch
gebeten werden. Wird sich auf Acten eines andern als
des Concursgerichtes bezogen, so ist bei letzterem der An-
trag zu stellen, daß das erstere um Uebersendung der Acten
requirirt werde, doch muß dieß so rechtzeitig geschehen, daß
die Uebersendung noch bis zum Edictstag erfolgen kann.

Wird eine Urkunde am zweiten Edictstage diffitirt, so
muß der Inhalt auf andere Art bewiesen werden, sofern
der Diffitent am dritten Edictstag den Diffessionseid leistet.
Der Beweis ist am dritten Edictstag anzutreten, leistet
Diffitent den Eid nicht, so bedarf es keiner Instruction des
Beweises, auch schadet in solchem Fall die unterlassene Be-
weisantretung über den Inhalt der Urkunde nicht; leistet
dagegen Diffitent den Eid, so wird dessenungeachtet mit
der Instruction der übergebenen Beweismittel verfahren (ab-
weichend vom ordentlichen Urkundenbeweis s. o. cap. XI. §. 8).

Der Producent kann am Schlusse des Edictstages die
Rückgabe seiner Documente verlangen, nur soll eine beglau-
bigte Abschrift davon zu den Acten genommen werden,
auch kann der Richter jederzeit die Vorlage des Originals
zur Einsicht fordern.

§. 12.

Von dem Beweise durch den Eid.

Bayer, C. P. J. 62.

Will sich ein Gläubiger zum Beweise seiner Forderung
der Eidesdelation bedienen, so muß er ihn am ersten Edicts-

tag dem Cridar zuschieben; Delation an die Mitgläubiger ist wirkungslos, selbst wenn sie den Eid acceptiren würden. Nur dann, wenn es sich bezüglich der Priorität um den Beweis eines mit einem Gläubiger abgeschlossenen Vertrages handelt, könnte diesem der Eid deferirt werden. Acceptirt der Schuldner den Eid, so hat er ihn am zweiten Edictstag zu leisten, verweigert er ihn, so gilt er pro relato, der Gläubiger hat ihn am dritten Edictstag zu schwören, in beiden Fällen vorausgesetzt, daß die Eidesdelation das einzige Mittel war, wodurch der Gläubiger seinen Beweis antrat, und daß weder über die Zulässigkeit noch über die Formel ein Streit obwaltet, außerdem ist er im Prioritätserkenntniß erst aufzuerlegen. Gewissensvertretung findet nicht statt. Hat der Gläubiger kein eignes Wissen von der Sache, so schwört er de credulitate.

Tritt der Schuldner oder ein Mitgläubiger am zweiten Edictstage den Beweis einer Einrede durch Eidesdelation an, so hat sich der Delat am dritten Edictstage darüber zu erklären, und ihn, sofern er ihn annimmt, sofort zu leisten. Erklärt er sich nicht, so gilt der Eid für recusirt. Ueber die Bedeutung der Worte sub Nr. 3 der G. O., man sey an die Edictstage nicht so genau gebunden, gilt das o. §. 10 Gesagte.

Sowohl der Erfüllungs- als der Reinigungseid findet unter den gehörigen Voraussetzungen im Concurse statt, letzterer ist vom Schuldner abzuschwören, Nov. v. 1837 §. 112; recusirt er ihn, so legt er dadurch ein Geständniß ab, wodurch nach Umständen die Auflage des Erfüllungseides an den Gläubiger, oder die Annahme vollen Beweises motivirt werden kann. Da es übrigens zum Erfüllungs- und Reinigungseid bloß dann kommen kann, wenn einiger, aber nicht ganzer Beweis geliefert ist, und die Prüfung dieses Umstandes ein Erkenntniß erfordert, so können jene

Eide erst im Prioritätserkenntniß auferlegt, und erst, wenn dieses die Rechtskraft beschritten hat, abgeleistet werden.

§. 13.

Von Liquidirung jener Forderungen, welche schon abgeurtheilt, oder anderwärts anhängig sind.

Bayer, C. P. §. 34.

Die Rechtshängigkeit einer Streitsache tritt nach G. O. cap. V. §. 9 mit der Insinuation der Citation ein; von diesem Zeitpunkt an darf sie der Gläubiger nicht mehr vom competenten Gerichte wegziehen, und ganz vor das Gantgericht bringen, selbst wenn er wollte; dagegen muß er sie behufs der Location bei letzterem liquidiren. Ist ein Proceß beim Gantgericht selbst anhängig, so wird er bei der Eröffnung des Concurses geschlossen und die Acten werden zu den Concursacten adhibirt; der Gläubiger kann bei Liquidation seiner Forderung auf jene verweisen.

§. 14.

Von weitläufigen Liquidationen.

Weitläufige Liquidationen sind nach den Anm. lit. a. z. B. dann vorhanden, wenn der Beweis durch weit entlegene Zeugen geführt wird, so daß er innerhalb der drei Edictstage nicht vollendet werden kann, oder wenn es sich um eine Forderung aus einem weitläufigen Rechnungsgeschäft handelt, oder wenn erst Präjudicialpunkte zu entscheiden sind. Nicht bloß weitläufige Forderungen sind vom Gantgericht ab- und an das abgesehen vom Concurse dafür zuständige Gericht zu verweisen, sondern auch solche, welche vor ein eignes Gericht gehören, z. B. Wechselforderungen, sofern zugleich auf Execution an der Person des Schuldners oder auf Location in der vierten Classe (wo das bayerische Wechselrecht gilt) angetragen wird, Plenarbeschluß des

O. A. G. vom 24 Febr. 1847, Bergforderungen, landesherrliche Forderungen gegen Finanzbeamte, welche in Concurs gekommen sind. Die Entscheidung über die Liquidität dieser letzten Forderungen gehört vor die Finanzstellen, die Concursgerichte müssen sich hinsichtlich des Beweises mit den Extracten und Anzeigen der Rechnungsstellen begnügen; den Mitgläubigern oder dem Schuldner steht es frei, Gegenbeweis zu führen. Anm. lit. a.

§. 15.

Von dem Prioritätsurtheile.

Martin, §. 332. Bayer, C. P. §. 63, 68.

Im Prioritätsurtheile wird nicht bloß über die Priorität, sondern auch über die Liquidität der angemeldeten Forderungen entschieden; nur hinsichtlich solcher Forderungen, welche bereits bei einem andern Gerichte rechtshängig waren (§. 13), oder dahin verwiesen wurden (§. 14), entscheidet das Gantgericht bloß über die Priorität. Die Ordnung, welche bei der Entscheidung in der Regel beobachtet wird, ist folgende: zuerst wird über die in Anspruch genommenen Separationsrechte und über die Bezahlung der Gantkosten (die Liquidationskosten der einzelnen Forderungen haben die einzelnen Gläubiger selbst zu tragen G. O. cap. XX. §. 2) gesprochen, sodann folgt die Entscheidung über die abgewiesenen und präcludirten Forderungen, worauf die einzelnen Gläubiger nach der Prioritätsordnung vom 1 Jun. 1822 locirt werden, ohne Rücksicht darauf, ob etwa ein Gläubiger um Location in einer frühern oder spätern Classe, als der ihm gebührenden bat, es müßte denn erweislich in der Absicht geschehen seyn, um zu Gunsten anderer Gläubiger auf seinen Vorrang zu verzichten.

Das Prioritätserkenntniß wird durch Anheften an das Gerichtsbrett publicirt; die Gläubiger sind von der Affigirung

in Kenntniß zu ſetzen, und zwar die gerichtsunbekannten (präcludirten) durch Ausſchreiben in einem oder mehreren öffentlichen Blättern, die bekannten durch Circulare. Erſt von dieſer Notification an läuft die Berufungsfriſt, die Affigirung müßte denn ſpäter geſchehen ſeyn, in welchem Fall ſie von dieſer an läuft, Plen. Beſchl. d. O. A. G. v. 14 April 1847. An Kron- und Stiftungsfiscale geſchieht die Verkündung nach V. O. v. 5 Nov. 1814 durch Zufertigung einer Abſchrift des Prioritätsurtheils.

§. 16.

Von der Appellation, Reſtitution nnd Nullitätsklage in dem Concursproceſſe.

Martin, §. 335. Bayer, C. P. §. 67.

Gegen das Prioritätserkenntniß können ſowohl der Schuldner, als die Gläubiger appelliren, der erſtere jedoch bloß dagegen, daß die eine oder andere Forderung für liquid erkannt wurde, die letzteren auch dagegen, daß ihr ein Vorrang zuerkannt, oder daß Appellant mit ſeiner Forderung zurückgeſetzt wurde. Wird auf die Berufung des Schuldners hin eine Forderung vom Oberrichter geſtrichen, ſo kommt dieß den vom Unterrichter ihr nachgeſetzten Forderungen zu Gute. Dasſelbe iſt der Fall, wenn ein Gläubiger überhaupt dagegen appellirt, daß die Forderung eines andern für liquid erkannt, oder daß ſie an einem ihr nicht gebührenden Platze locirt wurde; er rückt hier nicht in die Stelle des Beſiegten ein. Appellirt er dagegen, daß er nicht an die Stelle des Appellaten, z. B. wegen eines mit dieſem abgeſchloſſenen Vertrages, locirt worden ſey, und ſiegt, ſo rückt er in die Stelle des letzteren, aber nie mit einer höhern Summe, als die verdrängte betrug, der Ueberſchuß bleibt an der vorigen Stelle ſtehen; den zwiſchen ihm und dem Beſiegten ſtehenden Gläubigern nützt und ſchadet

sein Sieg nicht. Appellirt endlich ein Gläubiger dagegen, daß seine Forderung ausgeschlossen, oder daß sie in eine spätere Classe, als die ihr gebührende locirt wurde, so hat er sämmtliche nachstehende Gläubiger bis zu der Stelle, an welcher er locirt seyn will, zu Gegnern, und sein Sieg schadet ihnen allen (sofern dadurch die Masse zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht).

Ueber die Berufungssumme s. o. cap. XV. §. 3.

Die Appellationsfrist gegen das Prioritätsurtheil beträgt 30 Tage, gegen andre appellable Zwischenbescheide im Concursverfahren (abgesehen vom Erkenntniß auf Concurseröffnung s. o. §. 4) 14 Tage, Novelle von 1837 §. 64 Abs. 4. §. 108, 114. Für die Berufungsfrist in Seperatprocessen (§. 13, 14) gelten die gewöhnlichen Bestimmungen. Den bei der Appellation betheiligten Gläubigern (was nach dem so eben Gesagten zu bemessen ist,) wird davon Nachricht gegeben, und ihnen überlassen, den Beschwerdelibell bei Gericht einzusehen, und ihre Rechte durch Adhäsion zu verfolgen; Nebenverantwortung findet nicht statt. Novelle von 1819 §. 25. Das oberrichterliche Erkenntniß wird den Betheiligten durch Currende publicirt.

Die Restitution richtet sich, abgesehen von der Bestimmung, daß sie nach geschehener Vertheilung der Masse nicht mehr stattfinden darf (G. O. Nro. 4), nach den o. cap. XVI. §. 1 sub I. und II. angegebenen Regeln. Unbekanntschaft mit der Edictalladung ist kein Restitutionsgrund. Gerichtsbekannte Gläubiger, welche nicht geladen wurden, können, so lange die Masse noch nicht vertheilt ist, das Prioritätsurtheil, soweit es die Präclusion ihrer Forderungen ausspricht, als nichtig anfechten, und die Zulassung nachträglicher Liquidation verlangen; zu Gegnern haben sie dabei sämmtliche Gläubiger, vor oder mit welchen (in Eine Classe) sie locirt werden wollen.

§. 17.

Von der Execution in concursu.

Martin, §. 330. Bayer, C. P. §. 25.

Ueber die provisorischen Maßregeln, welche der Richter schon während des präparatorischen Verfahrens zu treffen hat, wurde bereits o. §. 3 gesprochen. Die Veräußerung der Masse geschieht, sobald das Erkenntniß auf Concurseröffnung die Rechtskraft beschritten hat, nach den Bestimmungen der Novelle von 1837 Abschn. VII. (vergl. oben cap. XVIII. §. 7).

Befinden sich bei der Masse Hypothekenobjecte, so haben, wenn in den zwei ersten Versteigerungstagfahrten (eine dritte findet nach Novelle von 1837 §. 92, 98 — 101) nicht mehr statt,) kein Gebot gelegt wurde, welches den Schätzungspreis erreicht, sowohl die Hypothekar- als Chirographargläubiger das Einlösungsrecht, d. h. das Recht, das Object gegen Erlage des Meistgebots zu übernehmen; nur muß ein nachstehender Gläubiger, welcher das Recht ausüben will, die Forderungen der vorhergehenden ganz bezahlen, soferne sie sich ebenfalls zur Ausübung des Rechtes gemeldet haben, auch wenn das Meistgebot zu ihrer Befriedigung nicht hinreichen würde. Hyp. Ges. §. 64, 69. Im Uebrigen gilt auch im Concurse das oben cap. XVIII. §. 7 Gesagte.

Wird auf ein mit Hypotheken belastetes Object am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot gelegt, oder auf ein nicht verhypothecirtes wenigstens kein solches, welches den Schätzungswerth erreicht, so tritt das Ablösungsrecht ein, d. h. der letzte Gläubiger hat das Recht, das Object gegen vollständige Befriedigung der vorhergehenden Gläubiger zu übernehmen, will er es nicht, so verliert er seine Ansprüche gegen die Masse, und der nächst

vorhergehende kann es unter denselben Bedingungen ausüben. Es sind zu diesem Ende alle betheiligten Gläubiger auf einen bestimmten Tag vorzuladen, an welchem sie ohne weitere Bedenkzeit der gesetzlichen Ordnung nach (vom letzten angefangen) sich zu erklären haben, wer das Ablösungsrecht ausüben wolle. Erklärt sich keiner für dessen Ausübung, so ist das Gut dem vorigen Meistbietenden sogleich zuzuschlagen, oder im Mangel eines Angebotes nochmal der öffentlichen Versteigerung auszusetzen, bei derselben aber dem Meistbietenden sogleich und unbedingt zuzuschlagen. Novelle von 1819 §. 37.

Ist die Masse verwerthet, und das gefällte Prioritätsurtheil rechtskräftig, so wird ein sog. Distributionsplan entworfen, in welchem jedem Gläubiger nach der ihm in jenem Urtheil zuerkannten Stelle der ihn treffende Antheil angewiesen wird. Wendet niemand etwas gegen diesen Plan ein, oder sind die Einwendungen verbeschieden, so wird die Masse darnach vertheilt.

§. 18.

Von dem curatore bonorum und contradictore communi in concursu.

Martin, §. 328, 330. Bayer, C. P. §. 41, 42.

Nach Novelle von 1819 §. 35 soll bei Concursen in der Regel kein Advocat als Massecurator bestellt, sondern die Verwaltung der Concursmasse einem am Orte des Concursgerichtes wohnhaften, dazu tauglichen Gläubiger und in dessen Ermanglung einem andern in Verwaltungssachen erfahrenen Manne gegen hinreichende Sicherheit und für angemessene Belohnung, allenfalls nach Vernehmung der im ersten Edictstage ohnehin versammelten Gläubiger, übertragen, und für die vom Gerichtsorte entfernt liegenden, zur Masse gehörigen Güter in Ermangelung eines dafür schon

vorhandenen Verwalters ein in dortiger Gegend wohnender tauglicher Mann zum Verwalter bestellt werden. Da diese bezahlten Verwalter Caution stellen müssen, so ist die Uebernahme der Massevervaltung keine allgemeine Pflicht mehr, sondern kann willkürlich abgelehnt werden, der Curator prästirt aber eben deßhalb nicht mehr bloß, wie nach der G. O. latam, sondern omnem culpam.

Um die aus der öftern Einholung der richterlichen Genehmigung und aus der Rücksprache mit den Gläubigern entspringenden Nachtheile und Kosten zu vermeiden, sollen bei jenen Concursen, zu welchen größere Massen, namentlich Güter gehören, die einer eignen Verwaltung bedürfen, die Gläubiger aus ihrer Mitte einen Ausschuß von wenigstens zwei oder drei Mitgliedern wählen, welche in allen Verwaltungsgegenständen als Bevollmächtigte sämmtlicher Gläubiger zu handeln verbunden und berechtigt sind, an welche daher der Massecurator sowohl, als der Güterverwalter in Verwaltungsgegenständen um Rath und Entschließung sich zu wenden hat. Nov. v. 1819 l. c.

§. 19.

Von den Particularzahlungen und Veräußerungen vor und nach angefangenem Concurse.

Martin, §. 322. Bayer, C. P. §. 24.

Veräußert der Schuldner einen Gegenstand (sey es auch durch Zahlung an einen Gläubiger), nachdem bereits der Concurs eröffnet, oder nachdem ihm die Veräußerung obrigkeitlich untersagt worden ist, (was schon im präparatorischen Verfahren geschehen kann, s. o. §. 3), so ist die Veräußerung nichtig, der Massecurator und die Gläubiger können die Sache von jedem Besitzer zurückverlangen. Ebensowenig präjudicirt die Ausschlagung eines Erwerbes durch

den Schuldner den Gläubigern, sofern nur der Erwerb durch einen freien Stellvertreter gemacht werden kann.

Veräußert der Schuldner eine Sache vor jenem Zeitpunkte, so kommt es nach der G. O. darauf an, ob die Veräußerung redlicher Weise geschah, oder in der Absicht, dadurch die Gläubiger um ihre Befriedigung zu bringen. Im letzteren Fall können die Gläubiger die Veräußerung rescindiren, einerlei ob sie titulo oneroso oder lucrativo geschah, ob auch der Empfänger sich in dolo befand oder nicht, nur muß dem redlichen Empfänger in jedem Fall das, was er für die Sache gab, ersetzt werden, dem unredlichen braucht es bloß dann ersetzt zu werden, wenn die Masse dadurch vermehrt ist. Die näheren Bestimmungen über das den Gläubigern zustehende Rechtsmittel (gemeinrechtlich die sog. *actio Pauliana*) sind aus dem gemeinen Civilrechte zu ergänzen, vergl. o. cap. IV. §. 2.

Veräußerungen, welche von dem Schuldner vor dem Concurse ohne betrügerische Absicht vorgenommen wurden, konnten nach der G. O. Nr. 1 dann rescindirt werden, wenn die veräußerte Sache verhypothecirt war, einerlei ob sie beweglich oder unbeweglich war. Nachdem aber durch das Hypothekengesetz vom 1 Jun. 1822 eine Hypothek nur noch an Immobilien stattfindet, so ist die Bestimmung der G. O. Nr. 1 weggefallen, denn bei beweglichen Sachen kann die Voraussetzung derselben nicht mehr vorkommen, und bei Veräußerung verhypothecirter Immobilien gelten die eigenen Bestimmungen des Hypothekengesetzes §. 31, 54—57.

Ueber Particularzahlungen im Concurs vergl. Prioritätsordnung §. 12 und 13, Hyp. Ges. §. 70.

§. 20.

Von Manifestirung des verganteten Vermögens und der Obliegenheit des Schuldners nach dem Concurs-processe.

Bayer, C. P. §. 55.

Der Schuldner ist verbunden, sein Vermögen anzuzeigen, und auf Begehren der Gläubiger oder des Massecurators den Manifestationseid zu schwören; weigert er sich, so ist er durch angemessenen Personalarrest dazu anzuhalten.

Wer sich beim Concurs mit seiner Forderung nicht gemeldet, oder wegen Unzulänglichkeit der Masse Befriedigung nicht erlangt hat, kann später, wenn der Schuldner wieder in bessere Vermögensumstände kommt, seine Forderung gegen ihn geltend machen.

Dasselbe Recht steht dem zu, welcher mit seiner Forderung wegen Versäumung einer im Concursprocesse vorgeschriebenen Förmlichkeit aus der Gant gewiesen wurde, z. B. weil er den Beweis nicht mit der Liquidation verband, dagegen nicht demjenigen, dessen Forderung aus einem materiellen Grunde, z. B. wegen eines geleisteten oder nicht geleisteten Eides, wegen einer bewiesenen Einrede verworfen wurde. Anm. lit. b.

Die Frage, ob sich der Gläubiger, welchem ein Bürge bestellt ist, sofort an diesen halten könne, ohne sich in den gegen den Schuldner ausgebrochenen Concurs einlassen zu müssen, ist nach dem jeden Orts geltenden Civilrechte zu beurtheilen.

Druck der Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung
in Augsburg.

363 | 20
20 | 18

163
160

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Plochmann, Julius

Einleitung in den bayerischen Civilproceß

München 1847
Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.486
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703782-1